التحقيق الباهر

شرح

الأشباه والنظائر

(وهو الشرح الوحيد الكامل لكتاب الأشباه والنظائر لابن نجيم)

(٢)



مکتبہ رشیدیہ

ہیڈ آفس:
سرکی روڈ، کوئٹہ 081-2662263, 0333-7825484

برانچ:
۳ شیش محل روڈ، لاہور
042-37364516, 0332-4763355

برانچ:
تحصیل روڈ لورلائی
082-4410965, 0333-7807772

بسم الله الرحمن الرحيم

التحقيق الباهر

شرح

الأشباه والنظائر

(وهو الشرح الوحيد الكامل لكتاب الأشباه والنظائر لابن نجيم)

تأليف الإمام

هبة الله التاجي

محمد هبة الله بن محمد بن يحيى البعلي الدمشقي التاجي الحنفي

وُلِد في دمشق سنة ١١٥١ هـ

وتوفي في منطقة أسكدار بإسطنبول سنة ١٢٢٤هـ

طُبِع أول مرة محققاً على أربع نسخ خطية

تحقيق الدكتور

أسامة بن محمد شيخ

المجلد الثاني

مكتبة رشيدية

٣ شيش محل روڈ، لاہور

042-37364516, 0332-4763355

مكتبة رشيدية

سرکی روڈ، کوئٹہ

081-2662263, 0333-7825484

بسم الله الرحمن الرحيم

[تابع الفن الأول: النوع الأول من القواعد الكلية]

[القاعدة الرابعة: المَشقَّة تَجلِبُ التيسير]

(القاعدة الرابعة) من القواعد الكلية: (المَشقَّة)، أي: الصعوبة، (تجلِب التيسيرَ)، وأصلُ الجلب، كما في «القاموس»: «السَّوق من موضع إلى آخر»[(١)]، أي: تكون سببا في حصول السهولة[(٢)].

[دليل القاعدة]

(الأصل) في هذه القاعدة، أي: دليلها، (قولُه تعالى): ﴿وَمَن كَانَ مَرِيضًا أَوْ عَلَىٰ سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾ (﴿يُرِيدُ ٱللَّهُ﴾)، بهذه الرُّخصة، (﴿بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ﴾ [البقرة: ١٨٥])، لُطفًا منه ورحمة، ولا شكَّ أن مَشقَّة الصِّيام مع المرض والسفر كانت سببًا في إباحة الإفطار. وقد تعلَّقت إرادتُه العَلِيَّة بالتيسير، ولم تَتعلَّقْ بالتعسير، فكُلَّما وُجِد التيسير ينتفي التعسيرُ، ولا يمكن أن يوجد التعسيرُ مع التيسير، بل ينتفي التعسيرُ بوجود التيسير، كما أن انتفاءَ التعسير عِلَّةٌ في وجود التيسير.

(وقولُه تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِى ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [الحج: ٧٨])، أي: ضِيق، بتلكيفِ ما يَشُقُّ عليكم[(٣)]. قال أبو السعود: «وفيه إشارة إلى الرخصة في إغفال بعض ما أمَرهم[(٤)] به، حيث يَشُقُّ عليهم؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «إذا أمَرتُكم بشيءٍ: فَأْتُوا منه ما استطعتُم»[(٥)]»[(٦)].

---

(١) «القاموس المحيط»، باب الباء، فصل الجيم (ص ٦٨).

(٢) في هامش (ع): (ووجه المناسبة بين هذه القاعدة والتي قبلها أن الشك مشقة للنفس بسبب التردد وعدم الحكم، واليقين سهولة لها).

(٣) إقامتُه.

(٤) في النسخ: (أوهم)، والمثبت من «تفسير أبي السعود».

(٥) رواه البخاري في «صحيحه»، كتاب الاعتصام، باب الاقتداء بسنن رسول الله ﷺ، برقم (٧٢٨٨).

(٦) «تفسير أبي السعود»، المسمى: «إرشاد العقل السليم إلى مزايا الكتاب الكريم» (٦/ ١٢٢).

(وفي الحديث) الذي أخرجه أحمدُ[1]، والبُخاريُّ في «الأدب المفرد»[2]، والطبراني[3] كلهم عن ابن عباس، وعلّقه البخاري في «الصحيح» من حديث عكرمة[4]، قال ابنُ حجر: «وإسناده حسن»[5].

(أحبُّ الأديان)، أي: أكثرُها محبوبيةً، ووُرود «أفعَل» بمعنى أكثر مفعوليةً، كـ «أشغَل من ذاتِ النِّحْيَين»[6]، قليلٌ بالنسبة إلى الفاعلية. ولا خَفاء أن المَحبَّة بمعناها، وهو المَيْلُ النفسيُّ، مُستحيلٌ عليه تعالى، فيُراد غايتُه، وهو أكثريَّةُ الثواب، بعلاقة السبَبِيَّة.

والأديانُ جمعُ دِين، وهو وضعٌ إلهيٌّ سائقٌ لذَوِي العُقول باختيارهم المحمود إلى ما هو خيرٌ لهم بالذات. والمراد به هنا: مِلَل الأنبياء والشرائع الماضية قبل أن تُبدَّل أو تُنسَخ. وفي رواية «البخاري»: «الدِّين»[7]، بالإفراد، فإن حُمِل على الجنس: وافَق ما هنا، وإلا فالمرادُ أحبُّ خِصال الدين؛ لأن خصالها كلَّها محبوبةٌ، لكن منها ما هو سَمْحٌ، فهو أحبُّ إلى الله، كما يَشهَدُ له خبرُ «أحمد»: «خيرُ دينِكم أسهلُه»[8].

(إلى الله) دينُ (الحَنيفِيَّة)، أي: المائِلة عن الباطل إلى الحق، أو المائلة عن دين

---

(١) رواه أحمد في «مسنده» برقم (٢١٠٧)، ولفظه: قيل لرسول الله ﷺ: أي الأديان أحب إلى الله؟ قال: «الحنيفية السمحة».

(٢) «الأدب المفرد»، كتاب حسن الخلق، باب حسن الخلق إذا فقهوا، برقم (٢٨٧).

(٣) رواه في «المعجم الكبير»، برقم (١١٥٧٢).

(٤) كتاب الأيمان، باب الدين يُسر.

(٥) «فتح الباري» (١/ ٩٤).

(٦) انظر: «جمهرة الأمثال» للعسكري (١/ ٥٦٤)؛ «مجمع الأمثال» للميداني (١/ ٣٧٦-٣٧٧).

(٧) أي: فيما علَّقه.

(٨) رواه الإمام أحمد في «مسنده» برقم (١٥٩٣٦) بلفظ: «إن خير دينكم أيسره».

اليهود والنصارى، فهي المُستقيمةُ، مِلَّةُ إبراهيم. والحنيفُ لغةً: مَن كان على ملَّته، قال تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ مِّلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَٰهِيمَ﴾ [الحج: ٧٨].

(السَّمْحة)، أي: السَّهْلةُ المُنقادَةُ إلى الله، المُسلِّمَةُ أَمْرها إليه، لا تَتوجَّه إلى شيء من الكثافة والغِلْظة والجُمود التي يلزم منها العِصيان. وأنَّث الخبَر[1] مع تذكير المُبتدأ[2]؛ لأن الحنيفية غلَبت عليها الاسمية، فصارَت علَمًا، أو أن أفعلَ التفضيل المُضافِ لقصد الزيادة يجوز فيه الإفرادُ والمُطابقة.

قال في «شرح الجامع الصغير»: «واستنبط الشافعيُّ من هذا الحديث قاعدةَ «إن المَشقَّة تَجلِبُ التيسير» و«إذا ضاق الأمرُ اتَّسَع»»[3]، انتهى.

[مطلب: بيان معنى العزيمة والرُّخصة]

(قال العلماء) من الحنفية وغيرِهم، أو علماؤُنا: **(يَتخرَّج على هذه القاعدة جميعُ رُخَصِ الشَّرْع وتخفيفاتُه)**. وهي جمعُ رُخصة[4]، وهي عندنا: حكمٌ شُرِعَ تخفيفًا لحُكم آخَر، مع اعتبار دليله قائمَ الحكم أو مُتراخِيَه، لعُذرِ خوفِ فوَات نفسٍ أو عُضْو أو غيرها.

وتُقابِلُها العزيمةُ، وهي: حكمٌ لم يُشرَعْ تخفيفًا لحُكم، بل شُرِعت ابتداءً، لا لعارِض.

«وذكَر أبو اليُسر أن الرُّخصة تركُ المُؤاخَذة بالفعل مع قيام المُحرِّم. وقيل:

---

(١) أي: قوله: (الحنيفية).

(٢) أي: قوله: (أحب الأديان).

(٣) «فيض القدير» للمناوي (١/ ١٧٠).

(٤) في هامش (خ): (الرخصة ما وضع عن الخلق فعله لعذر مع قيام الحرمة في حق غير المعذور، انتهى، نقله أبو السعود عن «شرح الجامع الصغير»).

العزيمة: ما لزم العبادَ بإيجاب الله تعالى، والرُّخصة: ما وسِع المُكلَّفَ فعلُه بعُذرٍ مع قيام المُحرِّم»، «تلويح»(١).

وذكر فخرُ الإسلام أن «العزيمة اسمٌ لما هـو أصلٌ من الأحكام، غيرُ مُتعلِّق بالعوارض، والرُّخصة اسمٌ لما بُني على أعذار العباد، وهو ما يُستباحُ مع قيام المُحرِّم»(٢)، وذلك كإجراء كلمةِ الكُفر مع اطمئنان القلب بالإيمان، وتركِ الخائفِ على نفسه الأمرَ بالمعروف، وتناوُلِ المُضطرِّ مالَ الغير.

والعمـلُ بالعزيمـة فـي هـذا النـوع أولـى ولـو مـات بسببِها؛ لأن قيـام دليـلِ وجوبِ الإيمـان قطعـيٌّ، لا يُتصـوَّر تراخِـي حكمِه شـرعًا ولا عقـلًا، فيَـدُومُ بدَوَامه، وإنمـا رُخِّـص بإجـراء تلك الكلمة في تلـك الحالة لئـلَّا يفُوتَ حقُّه صـورةً ومعنًى بتخريـب البـدن وزُهـوق الرُّوح، مـع أن حقَّ الله لا يَفُـوت معنًى؛ لاطمئنـان القلب

(١) «التلويح على التوضيح»، القسم الثاني في الحكم، باب في الحكم، القسم الأول أن لا يكون حكما بتعلق شيء بشيء (٢/ ٢٥٤).

(٢) انظر: «أصول البزدوي» مع «كشف الأسرار»، باب العزيمة والرخصة (٢/ ٢٩٨ ـ ٢٩٩).

في هامش (ع): (قوله: وهو ما يستباح... إلخ، يشعر كلامه انحصار الرخصة في الإباحة والعزيمة في المحرم. وقد قال صاحب «الميزان: والحق أن العزيمة تشمل الأحكام كلها؛ إذ هي للحكم الأصلي، وهو يشملها، إلا أن يقال: المراد بالاستباحة ههنا مجرد تجويز الفعل، أعم من أن يكون بطريق التساوي وبدونه، فيشمل الواجب والمندوب والمباح والمراد بالحرمة، والتي في الرخصة أعم من أن يكون في جانب الفعل أو في جانب الترك، فيشمل الفرضو والواجب، «تلويح». وجعل صاحب «التلويح» مخالفا لـ«التوضيح» أن العزيمة إذا كانت حرمة أو كراهة قد تكون الرخصة مباحا، كإجراء كلمة الكفر عند الإكراه، وكثير من الرخص كذلك. لا يقال فيه اجتماع الضدين؛ وهي الحرمة والإباحة في شيء واحد؛ لأنه أجيب أن معنى الاستباحة ترك المؤاخذة، وهي لا توجب سقوط الحرمة، كمن ارتكب كبيرة فعفي عنه، انتهى).

بالإيمان، غير أن العزيمة أولى لما فيه من رعاية تعظيم الله صورةً ومعنى.

وكذا في ترك الأمر بالمعروف؛ لأنه فرضٌ بالدلائل الدالَّة عليه، فيكون تركُه حَرامًا، ويُستباحُ له التَّرْكُ إذا خاف على نفسه؛ لأن حقَّ الله إنما يَفُوت صورةً، لا معنى؛ لاعتقاد بقاء الفرضية. وفي أكل مالِ الغير كذلك يَفُوت صورةً، لا معنى؛ لانجباره بالضمان، فيُستباح عند الإكراه.

ومنها ما شُرِع تخفيفًا لحكم آخر باعتبار[1] دليله، مُتراخيًا حكمُه عن محلِّ الرخصة، كفِطْر المُسافر والمريض في رمضان؛ فإن دليل وجوب الصوم، وهو: ﴿فَمَن شَهِدَ مِنكُمُ ٱلشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ﴾ [البقرة: ١٨٥]، قائمٌ، لكن تراخَى حكمُه عن محلِّ الرُّخصة. والعزيمة في هذا النوع أولى ما لم يُستضَرَّ بها، فإن استضرَّ فتجب الرخصةُ، ويَأثم بالعزيمة.

فالرُّخصة مُقابِلةٌ للعزيمة، وقد تُعرَّف العزيمةُ بما يَعُمُّ ما كان في مُقابَلة الرُّخصة أولا، فيقال: ما شُرِع ابتداءً غيرَ مُتعلِّق بالعَوَارض، وتُعرَّف الرُّخصة بـ: ما تغيَّر من عُسْر إلى يُسْر من الأحكام. وهما بهذين المَعنيَين يَنقسِمان إلى: فرض، وواجب، وسُنَّة، ونفل.

ثم إنهم قسَّموا ما يُطلَق عليه اسمُ الرخصة من غير اعتبار حقيقتِها المُتقدِّمة إلى: رُخصة إسقاطٍ، كالقَصْر للمسافر، وسُقوطِ حُرمة الخمر والميتة للمُضطرِّ؛ لأن دليل الحرمة لم يقُم في محلِّ الرخصة في الأخيرين.

وإيجاب السبب في الأربع على المُقيم النصُّ الدالُّ على وجوبها ليس في محلِّ الرخصة؛ إذ إيجابُ السبب في الركعتَين على المسافر حديثُ عائشة في

---

(١) كذا في النسخ. ولعل الصواب: (مع اعتبار).

«الصحيحَين»: «فُرضت الصلاةُ ركعتَين ركعتَين، فأُقِرَّت في السفر وزِيدَت في الحضَر»[1]، فتجب الرخصةُ في هذا النوع كما يجب شربُ الماء.

وهناك نوعٌ من الرُّخَص، وهو ما شُرِع لمَن قبلنا ولم يُشرَع لنا، كقتل النفس في صحة التوبة، فإنها كانت واجبةً على من قبلنا، ولم تجب علينا، وفي تسميتها رخصةً مجازٌ؛ لأن الحكم لم يُشرَع في حقِّنا أصلا.

فعُلم من ذلك أن رُخَص الشرع، أي: تخفيفاته، أربعٌ[2]، وجميع ما سيُذكَر من هذه التخفيفات راجعةٌ إليها.

[أسبابُ التخفيف في العبادات وغيرها]

(واعلم أن أسبابَ التخفيف في العبادات وغيرها سبعةٌ):

[السببُ الأوّل: السفَر، والتخفيف به نوعان]

السبب (**الأوَّلُ**: **السفَر، وهو**)، أي: التخفيف به، (**نوعان**): النوع **الأوَّلُ** (**منه**)، أي: التخفيف بالسفر، وكأنه سقط لفظُ «الأول» من القلم بقرينة المُقابِل، (**ما**)، أي:

---

(١) رواه البخاري في أبواب تقصير الصلاة، باب يقصر إذا خرج من موضعه، برقم (١٠٩٠)، ومسلم في كتاب صلاة المسافرين وقصرها، باب صلاة المسافرين وقصرها، برقم (٦٨٥).

(٢) وهي:

ما شرع تخفيفا لحكم آخر، مع اعتبار دليله قائم الحكم أو متراخيا لعذر، كالنطق بكلمة الكفر عند الإكراه.

ما شرع تخفيفا لحكم آخر مع اعتبار دليله متراخيا حكمه عن محل الرخصة، كإفطار المسافر والمريض.

ما سقط عنا مع كونه مشروعا في الجملة، كسقوط حرمة أكل الميتة وشرب الخمر عند الاضطرار.

ما وضع عنا تخفيفا وتيسيرا علينا من الإصر والأغلال التي كانت على الأمم السابقة، كشرط القتل في التوبة.

التخفيف الذي (يَختصُّ بـ)السفر (الطويل، وهو)، السفر الطويل، أدناه: **(ثلاثةُ أيام ولياليها)**، أي: مُقدَّرٌ بها.

[التخفيف المُختصُّ بالسفَر الطويل]

(وهو)، أي: التخفيف المُختصُّ بالطويل، **(القصرُ)** للصلاة الرُّباعية، **(والفِطْر)** في رمضان، (والمَسْحُ) على الخُفَّين (أكثرَ من يوم وليلة) **إلى أن يُتِمَّ ثلاثةَ أيام** من وقت الانتقاض بعد اللُّبس، **(وسُقوطُ الأُضحية، على ما في «غاية البيان»** و«المعراج» و«السراج الوهاج»، وهو ظاهرُ كلام «الزيلعي»[(١)]، ولكن حُمِل[(٢)] **قولُه** عليه الصلاة والسلام: «ليس على الفقير والمسافر أُضحية»[(٣)]، **على الخروج من** بلده وقريته حتى تسقُط الأُضحية بذلك العُذر.

[التخفيف الذي يعُمُّ السفرَ الطويل ومُطلَق الخروج من المصر]

(و)النوع (الثاني) من تخفيف السفر: **(ما لا يختصَّ به)**، أي: الطويل، بل يَعُمُّه وغيرَه. (والمراد به)، أي: بغير الطويل، **(مُطلَقُ الخُروج من المِصْر)** أو القرية،

---

(١) «تبيين الحقائق»، كتاب الشهادة، باب الشهادة على الشهادة (٤/ ٢٤٠)، وكتاب الأضحية (٦/ ٣).

(٢) لم أجده مُسنَدًا.

(٣) في هامش (خ): (قوله: ولكن حمل. تبع فيه الحموي، ونقله أبو السعود عن الغزي، يعني: أن الأضحية تسقط عنه إذا خرج من بلده أو قريته، ولو دون ثلاثة أيام. وهذا كلام باطل مخالف لما في معتبرات المذهب؛ فقد صرحوا بالوجوب على أهل مكة إذا حجوا، مع أنهم خرجوا من بلدهم، كما ذكره في «الشرنبلالية» عن «البدائع»، ونقله أبو السعود في «حاشية مسكين»، وأقره في «الدر» و«حواشيه». نعم؛ نقل قولا بالسقوط عن المُحرم، وحمله في «الشرنبلالية» على المسافر، وفي هذا الحمل نظر، ومع ذلك، فكلام هذا الشارح والمحشي الحموي لا يصح حمله على هذا القول، ونعوذ بالله من عدم التحري في المراجعة ومطالعة المعتبرات، والله تعالى يغفر لنا ولهم، انتهى).

(وهو)، أي: غيرُ المُختصّ، (تَرْكُ الجُمُعة)، أي: جوازُ تركِها، (و)تركُ (العيدَين، و) تركُ (الجماعة، والتنفُّلُ) عطفٌ على تركِ الجمعة، (على الدَّابَّة).

وأطلق الدابَّة، فشمِل سائرَ الدَّوابِّ، حتى الإنسان، فلو ركِب على ظَهْر إنسان، وصلَّى: جاز، كذا قال شيخُ مشايخنا العارفُ عبدُ الغني[(١)].

«وشمل ما إذا كان لعُذر أو لغيره، واقفةً كانت أو سائرةً. ولا يجوز في المصر خلافًا للثاني. ولا يشترط التوجُّه نحوَ القبلة إلا في التحريمة[(٢)].

وقيَّد بالتنفُّل؛ لأن الفرض، والواجب، والمنذور، وما شَرع فيه فأفسَده: لا يصح على الدابَّة إلا لضرورة، كما لو خاف اللِّصَّ أو السَّبُعَ أو فَوَات القافلة، أو لا يقدر على ركوبها إلا بمُعِين. ولا يسجُد على شيء، بل يجعل سجودَه أخفضَ من ركوعه، ولا إلى غير الجهة التي توجَّهت الدابَّةُ إليها»، كذا في «شرح شيخ مشايخنا»[(٣)].

(وجوازُ التيمُّم واستحبابُ القُرعة بين نسائه) تطييبًا لقُلوبِهنَّ.

وإذا حلَف: ليُسافِرَنَّ، هل يختصُّ بالطويل، أو يعُمُّه وغيرَه، أو الخروج مع النية؟ أُجيب بأنه على الخروج مع النية، فمتى خرج من مصره أو قريته قاصدًا السفرَ، وجاوَز العِمران: صدُق عليه أنه مسافر، حتى جاز له قصرُ الصلاة، فلو عاد بعد ذلك: لا يحنَث[(٤)].

---

(١) انظر: «كشف الخطائر» للنابلسي (ل/ ٤٠١/ ب).

(٢) في هامش (خ): (قوله: ولا يشترط التوجه نحو القبلة إلا في التحريمة. في «الدر المختار»: إلى أي جهة توجهت دابته، ولو ابتداء، نص عليه أبو السعود في «شرح نور الإيضاح»، انتهى).

(٣) انظر: «كشف الخطائر» للنابلسي (ل/ ٤٠١/ ب ـ ل/ ٤٠٢/ أ).

(٤) انظر: «غمز العيون» (١/ ٢٤٥).

[القصر للمُسافر رخصةُ إسقاطٍ، بمعنى العزيمة]

(والقصرُ للمُسافر عندنا)، خلافا للشافعية، (رخصةُ إسقاط)، فإنها عندهم رخصةُ ترفيه، فيُتخيَّر فيها، كالصوم. ولنا: حديث عمر رضي الله عنه: «صلاةُ السفر ركعتان»[1]، والموقوف في مثله حكمُه الرفعُ. وقياسُ الشافعي له على الصوم قياسٌ في مقابَلة النصِّ، وهو غير مقبول.

ورخصة الإسقاط: ما شُرع تخفيفًا لحكم آخر، مع اعتبار دليله مُتراخِيًا عن محلِّ الرخصة، كما تقدم. وقد سقط بعضٌ منها لعذر مع وجوب العزيمة في الجملة، وفي تسميتها رخصةً مجازٌ؛ إذ الدليل القائم على الوجوب في السفر غيرُ الدليل القائم في الحضَر.

والحكم في هذا النوع الوجوبُ، ولا يجوز الإتيانُ بالعزيمة، فلذا قال: (بمعنى العزيمة)، وردًّا لما قاله في «غاية البيان»: اختلف مشايخُنا في القصر، هل هو رخصةٌ أو عزيمة؟ وردَّه ابن الكمال وقال: إن هذا غلط؛ لأن من قال: إنه رخصةٌ، عنَى أنه رخصةُ إسقاط، وهو العزيمة، وتسميتُها رخصةً مجازٌ.

وفسَّر العزيمة: (بمعنى أن الإتمام لم يبقَ مشروعًا، حتى أَثِم به)، أي: الإتمام؛ لأن العزيمة تجيء بمعنى ما تقرَّر على الأمر الأوَّل، وهذا المعنى غيرُ مناسب؛ لأن الصلاة لم تبقَ مشروعةً مُتقرِّرة على الأمر الأول، بل تغيَّرت، كما تقدم. وقوله: «حتى أَثِم به»، قال في «المستصفى»: «استحقَّ العُقوبة، لا العُقوبةَ قطعًا»، انتهى؛

---

(١) رواه النسائي في «سننه»، كتاب الجمعة، باب عدد الجمعة، برقم (١٤٢٠)، وابن ماجه في «سننه»، كتاب إقامة الصلاة والسنة فيها، باب تقصير الصلاة في السفر، برقم (١٠٦٣)، والإمام أحمد في «مسنده»، برقم (٢٥٧).

لما فيه من عدم قبول ما تصدَّق الله به عليه. وفي الحديث عن ابن عمر: «مَن لم يَقبَلْ رُخَصَ الله كان عليه من الإثم مثلُ جبَل عرَفات»[١].

(وفَسَدت الصلاةُ لو أتمَّ ولم يقعُد على رأس الركعتَين)؛ لتركه القعدةَ الأخيرة، (إن لم يَنْوِ إقامةً قبل سجود) الركعة (الثالثة). ولو اقتدى به مقيمٌ وأتمَّ: فسَدت صلاةُ المقيم؛ للُزوم اقتداء المُفترض بالمُتنفِّل في الأخيرَين.

[السبب الثاني للتخفيف: المرَض]

السبب (الثاني) للتخفيف: (المرض). وهو حالةٌ تحدُث للبدن، يَزُول بها اعتدالُ الطبيعة، وهو لا يُنافي أهليةَ وجوب الحكم[٢]، سواء كان من حقوق الله أو حقوق العبد، فلذا صحَّ نكاحُه.

---

(١) رواه أحمد في «مسنده»، برقم (٥٣٩٢).

(٢) في هامش (خ): (قوله: وهو لا ينافي أهلية وجوب الحكم، فيلزمه الصلاة قائما، فإن عجز، بأن تعذر أو تعسر بوجود ألم شديد، أو خاف زيادة المرض، أو خاف طول المرض بالقيام: صلى قاعدا بركوع وسجود، وإن تعذر الركوع والسجود: صلى قاعدا بإيماء، وجعل إيماءه للسجود أخفض من إيمائه للركوع، وإن تعسر القعود: أومأ مستلقيا على قفاه أو على جنبه، وإذا صلى مستلقيا: يجعل تحت رأسه وسادة ليصير وجهه إلى القبلة، لا إلى السماء، ويكون شبه القاعد، ليتمكن من الإيماء بالركوع والسجود، وإذا تعذر الإيماء برأسه: أخرت عنه الصلاة القليلة، وهي صلاة يوم وليلة فما دونها اتفاقا، انتهى، فيقضيها إذا صح، ويوصي بها إذا مات، إي: بإخراج الفدية عنها. وأما إذا كثرت وزادت على صلاة يوم وليلة: فما دام يفهم مضمون الخطاب فإنه يقضيها في روايه صححها في «الهداية»، وجزم في كتابه «التجنيس والمزيد» بسقوط القضاء إذا دام عجزه عن الإيماء برأسه أكثر من خمس صلوات، وإن كان يفهم مضمون الخطاب، وصححه قاضي خان، ومثله في «المحيط»، وهو ظاهر الرواية، وعليه الفتوى، وهو الذي عليه الأكثر من المرجحين، ورجحه أيضا ابن الهمام، وهو الذي قررته في الدرس من محفوظاتي القديمة، فلله الحمد، وكله من «إمداد الفتاح شرح نور الإيضاح» الكبير، وسيأتي التصريح به في كلام المصنف).

نعم؛ المرض من أسباب الحَجْر صيانةً لحقِّ الوارث وحقِّ الغريم، إذا اتَّصل المرضُ بالموت مُستنِدًا إلى أوَّله، فلا يصح إقرارُه لوارثه، ولا وصيَّتُه بما زاد على الثُّلُث، ويُقدَّم دَينُ الصحَّة على دَين أقرَّ به فيه.

[رُخَص المرَض]

(ورُخَصُه)، أي: المرض، (كثيرةٌ)، منها:

(التيمُّم) حضَرًا أو سفرًا **(عند الخوف)** من استعمال الماء **(على نفسه أو على عُضْوٍ)**، أو الخوف **(من زيادة المرَض)** بالاستعمال أو التحرُّك **(أو بُطْئِه)**؛ لأن الحرج بالاشتداد والامتداد[1].

(و)منها **(القُعود)**، «كما في التشهُّد إن استطاع، وهو قولُ زفر، وعليه الفتوى، وعند الضرورة بقدر استطاعته»، «در»[2]، **(في صلاة الفرض)** إن لم يقدر على أدائها

---

(١) في هامش (ع): (وهذا إذا لم يقدر على تسخين الماء ولا أجرة الحمام في المصر، ولا يجد ثوبا يتدفى به ولا ركنا يأويه. وقضية إطلاقه أنه يجوز للمحدث أن يتيمم عند الخوف، وهو قول بعض، والصحيح أنه لا يجوز له التيمم، كما في «الزيلعي». قال الكمال: وأما خوف المرض من الوضوء البارد في المصر على قوله، يعني أبا حنيفة، هل يبيح التيمم كالغسل؟ فاختلفوا فيه: جعله في «الأسرار» مُبيحًا، وفي «الخانية»: الصحيح أنه لا يجوز، كأنه والله أعلم لعدم اعتبار ذلك الخوف بناء على أنه مجرد وهم، انتهى. «شرنبلالية».

وفي «الشرنبلالية» أيضا: اعلم أن المراد بالخوف غلبة الظن، ومعرفته باجتهاد المريض، والاجتهاد غير مجرد الوهم، بل هو غلبة الظن عن أمارة أو تجربة أو بإخبار طبيب مسلم غير ظاهر الفسق. وقيل: عدالته شرط. فلو برئ من المرض لكن الضعف باق، سئل عنه القاضي الإمام، فقال: الخوف (كذا في الأصل، ولعل الصواب: الضعف) ليس بشيء. وما وقع في «التبيين»: الصحيح الذي يخشى أن يمرض بالصوم فهو كالمريض، فالمراد بالخشية غلبة الظن، انتهى).

٢) «الدر المنتقى»، كتاب الصلاة، باب صلاة المريض (١/ ٢٢٨).

قائمًا بسببه، أو «خاف زيادةَ المرض، أو بُطْئَه، أو دَورانَ رأس»، «در»[١]، (وكذا الاضطجاعُ فيها) مُستلقِيًا على ظَهْره، ورِجلاه إلى القبلة، أو مُضطَجِعًا على جنبه ووجهُه إليها، والأوَّل أفضلُ، غير أنه ينصُب رجلَيه لكراهة مدِّ الرجل إلى القبلة، «ملتقى» و«شرحه»[٢]، (والإيماءُ) إن لم يقدر على القُعود.

(و)منها: (التخلُّف عن الجماعة مع حصول الفضيلة)، أي: فضيلة الجماعة إن كانت الجماعةُ عادتَه قبل المرض لقوله ﷺ: «إذا مرِض العبدُ أو سافَر كتب الله له من الأجر مثل ما كان صحيحًا مُقيمًا»[٣].

(و)منها: (الفِطر في رمضان للشيخ الفاني)، فإنه كالمريض، ولكن (مع وجوب الفِدية عليه)، وإن قدِر على القضاء قضَى ما عليه.

(و)منها: (الانتقال من الصوم)، أي: صوم شهرَين مُتتابِعَين، (إلى الإطعام)، أي: إطعام سِتِّين مسكينًا، (في كفَّارة الظِّهار). وأما الانتقال من العتق إلى الصوم، فليس من رُخَص المرَض.

(و)منها: (الفطر في رمضان) عند الخوف من زيادة المرض بالصوم، ثم إن قدر على الصوم: يقضي ما قدَر عليه، وإن لم يقدر: تجب عليه الوصيةُ بذلك.

(و)منها: (الخروج من المُعتكَف)، أي: جواز خروج المُعتكِف اعتكافًا واجبًا أو نفلا من مُعتكَفه، فلا يأثم بذلك. وفي «الخلاصة»: «لو خرج المُعتكِف من المسجد بغير عُذر ساعةً: بطَل اعتكافُه، وعندهما: لا يبطل حتى يكون أكثرَ من

---

(١) «الدر المختار»، كتاب الصلاة، باب صلاة المريض (ص ١٠١).

(٢) «الملتقى» مع «الدر المنتقى»، كتاب الصلاة، باب صلاة المريض (١/ ٢٢٨ـ٢٢٩).

(٣) رواه البخاري بنحوه في كتاب الجهاد، باب يكتب للمسافر مثل ما كان يعمل في الإقامة، برقم (٢٩٩٦).

نصف يوم. ولو خرج بعُذر: فعلى هذا الخلاف. ومن الأعذار المرض، إلا أنه لا يأثم إذا كان الخروج بعُذر»[١]، انتهى.

(و)منها: (الاستنابة في الحجِّ، و)كذا في (رَمْيِ الجِمار). «ولو أمر أصحابَه قبل النوم أو الإغماء أن يُحرِمُوا عنه إذا نام أو أُغمِي عليه، فأحرَموا عنه: جاز في قولهم، حتى لو أفاق واستيقَظ من نومه، فأتى بأفعال الحج: جاز. ولو أحرَم وأُغمِي عليه، فطافُوا به حولَ البيت على بعير، وأوقَفُوه بعرفات ومزدلفة، ووَضَعُوا الأحجارَ في يدَيه ورمَوا بها، وسَعَوا به بين الصفا والمروة: جاز. وعن محمد في المُحرِم إذا طِيفَ به: يُيَمَّم إذا طِيفَ به تشبيهًا[٢] بالمُتوضِّئين. وعنه أيضًا: لو رُمِي عنه الأحجارُ، ولم يُحمَل إلى موضع الرمي: جاز»، كما في «الخانية»[٣].

وبه يُعلَم كيفيةُ الاستنابة في الحج والرمي.

(و)منها: (إباحةُ محظُوراتِ الإحرام مع الفِدية)، فإن باشَر ما فيه الدمُ، كتغطية الرأس لخوف الهلاك من البرد أو المرض، أو لِبس السِّلاحَ للقتال: كان عليه ما قصَّه الله تعالى في كتابه من قوله: ﴿فَفِدْيَةٌ مِّن صِيَامٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ نُسُكٍ﴾ [البقرة: ١٩٦]، أي: صيام ثلاثةِأيام، أو إطعام ستَّةِ مساكين، لكلِّ مسكينٍ نصفُ صاع، أو شاة.

(و)منها: (إباحةُ التداوِي بالنجاسات)، وبكُلِّ حرام، (وبالخمر) أيضًا (على أحد القولَين)، متعلِّقٌ بكل منهما، وهو رواية أبي يوسف. قال: وبه يُفتى، «ملتقى»[٤].

---

(١) «خلاصة الفتاوى»، كتاب الصوم، الفصل السادس في الاعتكاف (١/ ٢٦٧ ـ ٢٦٨).

(٢) كذا في «الخانية». وفي النسخ: (شبها).

(٣) «فتاوى قاضي خان»، كتاب الحج، الواجبات التي يجب بها الدم على الحاج (١/ ٢٩٩).

(٤) انظر: «ملتقى الأبحر» مع «مجمع الأنهر»، كتاب الطهارة، فصل: تجوز الطهارة بالماء المطلق (١/ ٥٢)، وليس فيه ذكر قول أبي يوسف، ولا أن الفتوى عليه.

(واختار قاضي خان عدمَه)، أي: عدم الجواز؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «إن الله لم يجعَل شفاءَكُم فيما حرَّم عليكم»[١]، ثم نقل أن معنى هذا الحديث على الأشياء التي لا يكون فيها شفاءٌ. وأما إذا كان فيها شفاء، فلا بأس به. قال: «ألا ترى أن العطشان يحِلُّ له شربُ الخمر عند الاضطرار»[٢]، انتهى.

(و)منها: (إساغةُ اللُّقْمة)، أي: إباحة إساغتِها، (بها)، أي: الخمر، (إذا غصَّ اتفاقًا)، وخاف على نفسه من ذلك، ولم يَجِد ما يُزيل به إلا الخمر: يُباحُ له شُرْبُها، كما في «الخانية»[٣].

(و)منها: (إباحةُ النظَر للطبيب) لما يُرخَّص له نظرُه، (حتى العَوْرة) من الأعضاء (والسَّوْأتين)[٤].

[السبب الثالث: الإكراه]

السبب (الثالث: الإكراه)، وهو حَمْلُ الغير على فعلِ ما لا يرضاه، ولا يختار

---

(١) رواه البيهقي في «السنن الكبرى»، أبواب ما لا يحل أكله وما يجوز للمضطر، باب النهي عن التداوي بالمسكر، برقم (١٩٦٧٩). وذكره البخاري تعليقا عن ابن مسعود، كتاب الأشربة، باب شراب الحلواء والعسل.

(٢) «فتاوى قاضي خان»، كتاب الحظر والإباحة (٣/ ٤٠٤).

(٣) «فتاوى قاضي خان»، كتاب الأشربة (٣/ ٢٢٥).

(٤) في هامش (ع) و(خ) و(ب): (قوله: والسوأتين. وكذا الخاتن للغلام، والخافضة للأمة، والقابلة، والحاقن. ولا يتجاوز هؤلاء قدر الضرورة. ويدخل فيه معالجة القابلة عند الولادة، واستكشاف العنة والبكارة. وكان أبو حنيفة يرى لصاحب الحمام أن ينظر للعورة، ولذا قيل بإباحة كشف الفخذين في الحمام، ويكره في ملأ من الناس. وعن ابن مقاتل بأن يطلي عورة غيره بالنورة، كالختان، ويغض بصره، وجاز غمز فخذه فوق الإزار وإلا لا، والأحوط تركه. وأما مس ما تحت الإزار على ما يعتاده الجهلة في الحمام، فحرام، ذكره الزاهدي وأقره القهستاني، «در منتقى»).

مُباشَرتَه لو خُلِّيَ ونفسَه، فيكون مُعدِمًا للرِّضا، لا للاختيار؛ إذ الفعل الصادرُ عنه يكون باختياره، لكنه قد يُفسِد الاختيارَ بأن يجعله مُستنِدًا إلى اختيار آخر، وقد لا يُفسِد، بأن يبقى الفاعلُ مُستقِلًّا في قصده.

وحقيقةُ الاختيار: القصدُ إلى مقدور مُتردِّدٍ بين الوجود والعدم، فإن استقلَّ الفاعل في قصده: فصحيحٌ[1]، وإلا ففاسد.

وبهذا الاعتبار يكون الإكراهُ: إما مُلجِئًا، بأن يضطرَّ الفاعلُ إلى مُباشَرة الفعل خَوفًا من فَوَات النفس والعُضو، بأن يَغلِب على ظنِّه تفويتُ أحدِهما، وإلا فهو تهديدٌ؛ وإما غيرُ ملجئ، بضربٍ لا يُفوِّت أحدَهما.

وهو بقِسمَيه لا يُنافي أهليةَ الوجوب، ولا الخطابَ بالأداء؛ لبقاء الذِّمَّة والعقل والبُلوغ.

فقد يُفترض فعلُه، كما لو أُكره بالقتل على شُرب الخمر، فيأثم بتركه. وقد يحرُم، كالإكراه بالقتل على قتل مسلم ظُلمًا، فيُؤجَر على الترك، كإجراءِ كلمة الكُفْر وقلبُه مُطمئِنٌّ بالإيمان، بخلاف المباح، كالإفطار للصائم المُسافِر، فإنه يأثَم على الترك لصيرورته فرضًا بالإكراه.

والإكراه لا يُنافي الاختيار، بل الفعلُ عنده[2] اختيارُ أخفِّ المكروهَين عند الفاعل من المُكرَه[3] والمُكرَه عليه.

---

(١) أي: فالاختيار صحيح.

(٢) أي: عند الإكراه. وفي هامش (خ): (قوله: عنده: أي: عند الإكراه؛ لأن الإكراه لا ينافي الاختيار؛ لأنه حمل الفاعل على اختيار الأهون، أي: على أن يختار ما هو أهون، أي: أوفق له، أي: للحامل. ويحتمل أن يريد ما هو أيسر على الفاعل من القتل والضرب ونحو ذلك مما أكره به. انظر: «التوضيح والتلويح»).

(٣) كذا في النسخ. ولعل الصواب: (المكره به).

[مطلب: نسبة الفعل المُكرَهِ به إلى الحامل أو الفاعل]

وأصلُ الحنفية أن المُكرَه به إما قولٌ لا ينفسِخ، كالطلاق والعتاق، فينفُذ ويقتصِر على الفاعل، ولا يلزم على الحامل شيءٌ إلا ما[١] أتلَف مالًا، كالعتق، فيَضمن الحاملُ قيمةَ العبد للفاعل، مُوسِرًا كان أو مُعسِرًا؛ لأن هذا ضمانُ إتلافٍ، فلا يختلف فيهما، ويثبُت الوَلاءُ للفاعل، ولا سعايةَ على العبد؛ لنَفاذ العتق عليه من جهة المالك، بخلاف ما لم يُتلِف مالًا، كالإكراه على قبولها المال في[٢] الخُلع، فيقع الطلاقُ، ولا يلزمُها المالُ، بخلاف الإكراه في الزوج، كما لو أُكره على خَلْعِها على مال، وقبِلت راضيةً: فإنه يقع الخلعُ، ويلزمُها المال.

وإن لم يكُنْ قولا لا ينفسِخ، كالبيع والإجارة والأقارير: فتنفُذ فاسدةً؛ لصُدورها في المحلِّ من الأهل، ويمنع النفاذَ انعدامُ شرطِ النفاذ، وهو الرِّضا.

وإن كان فعلا لا يحتمل كونَ الفاعل آلةً للحامل عليه، كالزنا، وشُرب الخمر، وأكل رمضان: كان مقتصِرًا على الفاعل، فيفسُد صومُه، ولا يجب عليه الحدُّ. وأما من حيث إنهما، أي: الشربُ والأكلُ، إتلافٌ، فاختلفت الرِّواياتُ في لُزوم الفاعل أو الحامل: ففي «الخلاصة» وغيرها: «الضمان على المحمول، لا على الحامل»[٣]، وإن صلُح آلةً له من حيث الإتلاف؛ لأن منفعته حصَلت للمحمول، هذا إذا لم يكن شبعان، وإن كان فعلى الحامل قيمتُه، والعُقْر على الفاعل بلا رُجوع على الحامل، إلا إن أتلَفها بالوطء[٤].

---

(١) أي: إلا إكراه.

(٢) في (ع): (بخلاف).

(٣) انظر: «خلاصة الفتاوى»، كتاب الإكراه (٤/ ٢٠٦).

(٤) في هامش (خ): (قوله: إلا إن أتلفها. قال في «التلويح»: لو أكرهه على الزنا: كان العقر على الفاعل،

وإن كان فِعلًا يحتمل أن يكون الفاعلُ آلةً للحامل عليه، فإن لزم من جعلِه آلةً تبديلُ محلِّ الجناية: كان مقتصِرًا على الفاعل، كإكراه المُحرِمِ على قتل الصَّيد، والإكراه على البيع والتسليم، وإلا تبدَّلَ محلُّ التسليم من المبيعة إلى المغصوبة؛ لأن التسليم من جهة الحامل يكون تصرُّفًا في ملك الغير على سبيل الاستيلاء، فيكون غَصبًا، بخلاف نسبة التسليم من البائع، فإنه مُتمِّمٌ للعقد، فيَملِكُه المشتري مِلكًا فاسدا.

وإن احتمل كونُ الفاعل آلةً، ولم يلزمه تبدُّلُ الجناية، كعلى[1] إتلاف المال والنفس، ففي المُلجِئ: نُسِب الفعلُ إلى الحامل ابتداءً، لا نَقْلًا من الفاعل إليه، فيجب القصاصُ والضمان على الحامل عنده[2]، وعند زفر: على الفاعل، وعند أبي يوسف: لا قصاص على أحد[3]. ولو أكرَهه على رَمْي صيدٍ، فقتل إنسانًا: فالكفَّارة والدِّية على عاقلة الحامل. وفي غير الملجئ اقتصَر الحكمُ على الفاعل؛ لعدم ما يُفسد الاختيار.

وأما في الأقوال، فلا يصلُح أن يكون الحاملُ آلةً؛ لعدم قدرة الحامل على تطليق زوجةِ غيره وإعتاقِ عبده، بخلاف الأفعال، فإن منها ما يحتمل، ومنها ما لا يحتمل.

وهذا التقسيم باعتبار نسبة الفعل إلى الحامل أو الفاعل.

= أي: الزاني، لكن لو أتلف الجارية بذلك: ينبغي أن يكون الضمان على الحامل، أي: المكرِه، انتهى).

(١) أي: كالإكراه على.

(٢) في هامش (خ): (أي: عند أبي حنيفة، ومحمد معه، كما في «التلويح»).

(٣) في هامش (خ): (قوله: لا قصاص على أحد، بل الواجب الدية على الحامل في ماله في ثلاث سنين. ووجه أبي يوسف: أن القصاص إنما هو بمباشرة جناية تامة، وقد عدمت في كل من الحامل والفاعل لبقاء الإثم في حق الآخر، انتهى).

[مطلب: بيان جواز الإقدام على الفعل المُكرَهِ به وعدمه]

وأما باعتبار جواز الإقدام عليه وعدمه، فإن لم يُرخَّص له في فعل، ولا يحتمل السقوط، كقتل النفس أو تلَفِ العُضو: فلا يُرخَّص له بالإكراه، ولو في عبده، لو فعَل كان آثِمًا، ولا تسقُط إحدى الحُرمتَين بالأُخرى، بخلاف ما لو أُكره على قطع يدِه بقتلِه حلَّ له قطعُ يده؛ لأن حرمة نفسه فوقَ حُرمة عُضوِه. وأما حرمةُ نفسه، فليست فوق حرمةِ غيره؛ لاتفاقهم على عدم حِلِّ أكلِ طرَفِ الغير للمُضطرِّ. وكذا الإكراه على الزنا لا يحِلُّ؛ لأن فيه قطعَ النسَب، ومقطوعُ النسَب كالميِّت.

وأما الحُرُمات التي تحتمل السقوطَ، كحُرمة الميتة والخنزير والخمر، فالمُلجِئ يُبيحُها. فلو امتنع عن أكل الميتة وأخَوَيها حتى قُتِل: كان آثِمًا، إذا كان عالِمًا بسُقوط الحرمة، وإلا فلا.

وأما غيرُ المُلجِئ، فلا يُبيحُها، لكنَّه يُورث شُبهة، فلا يُحَدُّ.

وهذا في حقوق الله.

وأما في حقوق العبد، كحرمة إتلاف مالِ المسلم، فيُرخَّص له بالملجئ؛ لأن حرمة النفس فوق حرمة المال، ولا تزول العِصمةُ للمال في حقِّ مالكه لأنها لحاجة المالك.

وفي حقوق الله، كحرمة التكلُّم بكلمة الكفر وقلبُه مُطمئِنٌّ بالإيمان، وكذا الصلاة وأخوَاتُها، فيُرخَّص تركُها بالملجئ، فلو لم يفعل حتى قُتِل فهو شهيد.

ومن هذا القسم: زناها، فلو أُكرهت عليه يُرخَّص لها.

[السبب الرابع: النسيان]

السبب (الرابع: النسيان)، وهو عدمُ مُلاحَظة الصورة الحاصلة عند العقل عما من شأنه المُلاحظة في الجملة، أعمُّ من أن يكون بحيث يتمكَّن من ملاحظتها أيَّ وقت شاء، ويُسمَّى هذا ذُهولا، أو يكون بحيث لا يتمكن من ملاحظتها إلا بعد تجشُّم كسبٍ جديد، وهذا هو النسيانُ في عُرف الحكماء.

[حكم النسيان في حقوق الله وحقوق العباد]

والنسيان لا يُنافي الوجوبَ لبقاء القُدرة بكمال العقل، ولا يكون عُذْرًا في حقوق العباد؛ لأنها مُحتَرمة لحاجتهم، وبالنسيان لا يفوت هذا الاحترام. فلو أتلف مالَ إنسان ناسِيًا: يجب عليه الضمان.

وأما في حقوق الله، فإما أن يقع النسيانُ بتقصير منه، كالأكل في الصلاة، حيث لم يَتذكَّر مع وجود المُذكِّر، وهو هيئةُ الصلاة، فلا يكون عُذرًا. ومنه: لو صلى قاعدًا مُتوهِّمًا عَجْزَه عن القيام، وكان قادرًا، أو نسِي المُحدِثُ غَسْلَ بعض الأعضاء، وكذا الحاكم إذا حكَم بالقياس ناسيًا النصَّ، أو نسِي الرَّقَبة في الكفَّارة فصام، أو توضَّأ بماءٍ نجِس ناسيا، أو فعَل محظورَ الإحرام ناسِيًا، «زواهر».

وما لا يكون بتقصير منه فهو عذرٌ، كالأكل في الصوم وكترك التسمية عمدًا[1]،

---

(١) كذا في النسخ. والصواب: (ناسيا). وفي هامش (خ): (قوله: وما لا يكون بتقصير منه... إلخ. اختصر عبارة «التلويح» وأخلها، ونصها: وإما لا بتقصير منه، فيكون عذرا، سواء كان معه ما يكون داعيا إلى النسيان ومنافيا للتذكر، كالأكل في الصوم، لما في الطبيعة من النزوع إلى الأكل، أو لم يكن، كترك التسمية عند الذبح، فإنه لا داعي إلى تركها، لكن ليس هناك ما يذكر إخطارها بالبال، أي: وإجراءها على اللسان، انتهى).

فإنه لا داعِيَ إلى تركها، إلا أنه ليس هناك ما يُذكِّر إخطارَها في البال، وإجراءَها على اللسان. ومنه: سلامُ الناسي على رأس القَعْدة الأُولى؛ إذ لا تقصير من جهته، والنسيان غالبٌ في تلك الحالة بتسليم المُصلِّي في القعدة[١]، فهي داعيةٌ إلى السلام.

[السبب الخامس: الجهل]

السبب (الخامس: الجهل)، وهو عدمُ العلم عما من شأنه ذلك. فإن قارَن اعتقادَ النقيض فمُركَّبٌ، وهو الشُّعور بالشيء على خلاف ما هو به، وإلا فبسيطٌ، وهو المراد بعدم الشعور.

[أقسام الجهل]

وأقسامُه أربعة:

جهلٌ لا يصلُح عُذرًا في عدم المُؤاخَذة، ولا شبهةً[٢] يترتَّب عليها دَرْءُ حدٍّ؛ وجهلٌ هو دونه؛ وجهلٌ يصلُح شبهة، وجهل يصلُح عُذرا.

[القسم الأول: جهلٌ لا يصلُح عُذرًا ولا شُبهة]

والأوَّل: جهلُ الكافر بالله، ووحدانيَّته، وصفاتِ كماله، ونُبُوَّةِ رسولِه ﷺ، فإنه مُكابِرٌ مُترفِّعٌ عن الانقياد للحق والنظرِ في الآيات، مُعانِدٌ لما يقتضيه العقلُ لوُضوح دليله حِسًّا وعقلا.

فإن قلت: الكافر مُكابِرٌ، لا جاهل. قلت: من الكفار مَن لا يعرفُ الحقَّ، ومُكابَرته تركُ النظر في الأدلة، ومنهم مَن يعرفه ويُنكِره عنادًا، يعرفونه كما

---

(١) في هامش (خ): (قوله: بتسليم المصلي... إلخ. عبارة «التلويح»: لكثرة تسليم المصلي في القعدة... إلخ، انتهى).

(٢) أي: ولا يصلح شبهة.

يعرفون أبناءَهم، ومعنى الجهل منهم عدمُ التصديق المُفَسَّرِ بالإذعان والقبول.

وكذا الجهلُ فيما لا يَقبَل التبدُّلَ عقلا ولا شرعًا باختلاف الأديان، كعبادة غيرِه تعالى، فإنه لا يصلُح عذرا، بخلاف ما يقبله، كحُرمة الخمر في الذِّمِّي، فالاتفاق على اعتباره دافِعًا للتعرُّض، فلا يُحَدُّ الذِّمِّيُّ بشُربها اتفاقا، ويَضمن ما أتلَفه مسلمٌ أو ذِمِّيٌّ منها، لا للتعدِّي، بل لبقاء التقوُّم في حقِّهم؛ لأنا مُنِعنا عن التعرُّض لأنفُسهم وأموالهم.

وجهلُ المُبتدع، كالمُعتزليِّ المانعِ ثبوتَ الصِّفاتِ، وعذابِ القبر، والشفاعة، وخروجِ مُرتكِب الكبيرة من النار، والرُّؤية، وكالمُشبِّهة المُثبِتين للصفات على ما يُفضي إلى التشبيه، فهذا لا يصلُح عُذْرًا لوضوح الأدلة من الكتاب والسُّنَّة الصحيحة، لكن لا يكفُر؛ للنهي عن تكفير أهل القبلة.

وجهل الباغي، وهو الخارج على الإمام الحقِّ بتأويلٍ فاسد، فهذا لا يصلُح عُذْرًا.

وجهلُ مَن عارَض مُجتهَدَه، كحِلِّ متروك التسميةِ عمدًا، والقضاءِ بشاهد ويمين، والتحليل بلا وطء، وبيع أُمَّهاتِ الأولاد.

والحاصل: كلُّ مَن خالَف نصَّ الكتاب أو السُّنَّة المشهورة أو الإجماع.

[القسم الثاني: جهل يصلُح شُبهةً]

الثاني من أقسام الجهل: الجهلُ الذي يصلُح شبهةً، كالجهل في موضع الاجتهاد، كمن تَرَك الترتيب[1]، فإن الخلاف في وجوبه قويٌّ، وفروعُ هذا كثيرة.

---

(١) كمن صلى الظهر بلا وضوء ظانا أنه على وضوء، ثم صلى العصر بذلك الوضوء، ثم ذكر أنه صلى الظهر بلا وضوء، فقضى الظهر دون العصر، ثم صلى المغرب ظانا جواز صلاة العصر لجهله بوجوب الترتيب: جاز له؛ لأن في مناط الحكم بوجوبه في الفوائت نوع خفاء. انظر: «التحرير» مع «التيسير»، المقالة الثالثة في الاجتهاد، القسم الرابع للجهل المركب: جهل من عارض مجتهده الكتاب (٤/ ٢٢٣).

[القسم الثالث: جهل يصلُح عُذْرًا]

«والثالث: جهلٌ يصلُح عُذرًا، كمن أسلَم في دار الحرب، فتَرك بها صلواتٍ جاهلا لُزومَها في الإسلام: لا قضاء عليه. وكلُّ خطابٍ نزَل[1] ولم ينتشِر فجهلُه عذرٌ، بخلافه بعد الانتشار»، كذا في «التحرير»[2].

والمراد بهذه الأسباب هنا الأسباب التي تصلُح عُذ را، (وسيأتي) في فنِّ الجمع والفرق (لها)، أي: لهذه الأسباب، (مباحثُ)، غير أنَّ الإكراهَ أحالَ بحثَه ثمَّة إلى آخر «المنار»[3]، وترَكه اعتمادًا على شُهرته في الفروع.

[السبب السادس: العُسْر وعُموم البَلْوى، كجواز الصلاة مع النجاسة المَعفُوِّ عنها]

السبب السادس: (**العُسْر وعُموم البَلْوى**[4]، كـ)التخفيف في جواز (**الصلاة**) وإن كانت[5] مكروهةً تحريمًا، (**مع النجاسة المَعْفُوِّ عنها، كما دون رُبْع الثوب** من) النجاسة (**المُخفَّفة**). وهذا إنما يظهر في الثياب، لا في الماء، «كافي»، والبدَنُ كالثوب، «بحر»[6].

---

(١) كذا في النسخ. وفي «التحرير»: (ترك).

(٢) انظر: «التحرير» مع «التيسير»، المقالة الثالثة في الاجتهاد، القسم الرابع للجهل المركب: جهل من عارض مجتهده الكتاب (٤/ ٢٢٥).

(٣) انظر: «المنار» مع «فتح الغفار»، العوارض المكتسبة، السكر (٣/ ١١٩) فما بعدها.

(٤) في هامش (خ) و(ع): (قوله: وعموم البلوى، بأن يعم الخاص والعام، وقيل: ما تمس إليه الحاجة في سائر الأحوال، انتهى).

(٥) أي: الصلاةُ مع النجاسة.

(٦) انظر: «البحر الرائق»، كتاب الطهارة، باب الأنجاس (١/ ٢٤٥ ـ ٢٤٦).

والمراد بالرُّبع: رُبع الثوب بتمامه، وهو الأصحُّ، «تحفة»[١] و«أقطع»[٢]. وقيل: ربعُ المُصاب من الذَّيل والكُمِّ مثلا، وصحَّحه في «البدائع»[٣]. وفي «الحقائق»: وعليه الفتوى، وضعَّفه في «النهر»[٤].

«ولو وضَع رِجْله على الأرض النجِسة الرَّطْبة، أو اللِّبْد النجس الرَّطْب، فظهَر فيها النَّداوَةُ: تنجَّست الرِّجلُ، بخلاف العكس[٥]»، «شيخُنا» نقلا عن «القهستاني»[٦]»[٧].

وفي «البحر»: «تعتبر الإضافة[٨]، فلو حمل صبيًّا نجِسًا ثوبُه، لا يَستمسِك بنفسه، أو قعَد الحمَامُ النجِسُ على رأسه: تجوز صلاتُه، ولو كان يَستمسِك: لا

---

(١) لم يصحح هذا في «تحفة الفقهاء»، وإنما صحح أن المراد بالربع ربع كل عضو وطرف. انظر: «تحفة الفقهاء»، كتاب الطهارة، باب النجاسات (١/ ٦٥).

(٢) قال في «البحر الرائق»، كتاب الطهارة، باب الأنجاس (١/ ٢٤٦): «وقيل: ربع أدنى ثوب تجوز فيه الصلاة، كالمئزر، وهو رواية عن أبي حنيفة. قال شارحُ «القدوري» الإمام البغدادي الأقطع: وهذا أصح ما روى فيه من غيره».

(٣) انظر: «بدائع الصنائع»، كتاب الطهارة، فصل في بيان المقدار الذي يصير به المحل نجسا (١/ ٨٠).

(٤) انظر: «النهر الفائق»، كتاب الطهارة، باب الأنجاس (١/ ١٤٨).

(٥) في هامش (خ): (قوله: العكس، وهو ما إذا كانت الأرض يابسة، واللبد يابس، ووضع رجله المبلولة على أحدهما، فإنها لا تنجس، انتهى).

(٦) «جامع الرموز»، كتاب الطهارة، فصل: يطهر الشيء (١/ ١٠٥).

(٧) «عمدة الناظر» لأبي السعود (ل/ ١٣٢/ أ).

(٨) في هامش (خ): (قوله: تعتبر الإضافة. في «حاشية أبي السعود» عن «البحر»: المانع إنما يعتبر مضافا إليه، فلو جلس الصبي المتنجس في حجر المصلي، وهو مستمسك: لم يكن حاملا للنجاسة، بخلاف من حمل من لا يستمسك، حيث يصير مضافا إليه، فلا تجوز صلاته).

تجوز. ولو حمَل ميتًا، فإن كان كافرا: لا تجوز مطلقا، وإن كان مُسلِمًا لم يُغسَّل: فكذلك، وإن غُسِّل، فإن استهلَّ: فكذلك، وإلا فلا»[١]، انتهى.

(و)كذا (قدرُ الدِّرهم من) النجاسة (المُغلَّظة).

والمرادُ بالدرهم: المِثقالُ ـ عشرون قيراطا ـ وهو الصحيح. وقال شمس الأئمّة: يُعتبَر في كل زمان درهمُه. وصحَّح في «الهداية» اعتبارَ بَسْط الدرهم من حيث المَساحة، وهو مقدار عَرْض الكفِّ[٢]. وقيل: يُعتبَر من حيث الوزن. ووفَّق الهندواني بينهما بأن رواية المساحة في الرقيق، كالبول، وروايةَ الوزن في الثَّخِين، واختار هذا التوفيقَ كثيرٌ من المشايخ، وهو الصحيح.

والمُعتبَر في ذلك وقتُ الإصابة. فلو كان دُهْنًا نجِسا قَدْرَ الدرهم وقتَ الإصابة، فانبسَط أكثرَ منه: لا يَمنع في اختيار المرغيناني وغيره، ومُختارُ غيرهم المنعُ، فلو صلَّى قبل انبساطه: جازَت، وبعده لا، وبه أخذ الأكثرون، كما في «السراج».

وسوَّى في «فتح القدير» بين الدرهم وما دونه في الكراهة ورفضِ الصلاة[٣]، وكذا في «النهاية» و«المحيط».

وفي «الخلاصة» ما يقتضي الفرقَ من أن «قدرَ الدرهم لا يَمنع ويكون مُسِيئًا، وإن كان أقلَّ: فالأفضلُ أن يَغسِل، ولا يكون مُسِيئًا»[٤].

---

(١) «البحر الرائق»، كتاب الطهارة، باب الأنجاس (١/ ٢٤٠).

(٢) انظر: «الهداية» مع «فتح القدير»، كتاب الطهارات، باب الأنجاس وتطهيرها (١/ ٢٠٣).

(٣) قال في «فتح القدير» (١/ ٢٠٢): «هذا، والصلاة مكروهة مع ما لا يمنع، حتى قيل: لو علم قليل النجاسة عليه في الصلاة يرفضها، ما لم يخف فوات الوقت أو الجماعة».

(٤) «خلاصة الفتاوى»، كتاب الطهارات، الفصل الثامن في النجاسة (١/ ٤٦).

وفي «النهر»: «ما ذكره في «الفتح» مُسلَّمٌ في قدر الدرهم، لا فيما دونه»[١]، انتهى.

[نجاسةُ المَعذور التي تُصِيب ثيابَه]

(و)كذا (نجاسةُ المعذور التي تُصِيب ثيابَه، و)كان ذلك المعذورُ بحيث (كُلَّما غسَلها)، أي: النجاسة، (خرجت) ثانيا، أي: قبل الفراغ من الصلاة، جاز أن لا يغسله، وإلا فلا، وهو الظاهر[٢]، «فتح»[٣].

[دم البقِّ والبَراغيث في الثوب]

(و)كذا (دمُ البقِّ والبَراغيث في الثوب وإن كثُر) ذلك الدم. قيل: إن هذه الأشياء ليست من النجس المَعفُوِّ عنه، وإنما هي طاهرة. وأُجيب بأن طهارتَها ليست مُتَّفقًا عليها، فذكَرها بطريق الاستطراد تبَعًا للنجس المَعفُوِّ عنه، تأمَّل[٤].

[بولٌ ترشَّش مثلَ رُؤوسَ الإبَر]

(و)كذا (بولٌ تَرشَّش[٥] على الثوب) أو البدن. وأما في الماء، فيُنجِّسُه. وقيَّده البيري بما إذا لم يُرَ أثرُه، وأن لا يزيد على قدر الدرهم[٦]، وإلا فيَمنع، لكن في

---

(١) «النهر الفائق»، كتاب الطهارة، باب الأنجاس (١/ ١٤٦).

(٢) في «الفتح»: (هو المختار).

(٣) انظر: «فتح القدير»، كتاب الطهارات، باب الحيض، فصل في الاستحاضة (١/ ١٨٥). ومن قوله: (ثانيا)، إلى قوله: (فتح)، في (خ) فقط.

(٤) في هامش (خ): (قوله: تأمل. قال خير الدين: وفيه نظر ذكرته في «حاشيتي» على «العيني»، انتهى. ولعل وجهه أن القول بالنجاسة ضعيف، فالاعتراض متوجه على المصنف حيث عدل عن الراجح، والمراد الدم الأصلي، بخلاف المكتسب بالمص البالغ حد السيلان، فافهم).

(٥) في (خ): (ترشرش).

(٦) «عمدة ذوي البصائر» (١/ ٢٠٥).

«ملا مسكين» نقلا عن «شرح النظم» أن هذا روايةٌ عن أبي يوسف[١]، والمُعتمَد الإطلاق، (قدرَ رُؤوس الإبَر).

[طين الشارع]

(و)كذا (طِينُ الشارع)، أي: الطريق الأعظم، ومَواطِن[٢] الكِلاب، وطينُ السِّرْقين، ورَدَغَةُ طين[٣] فيه نجاسةٌ، «بحر»[٤]: طاهرٌ إن لم تَستبِنْ[٥] فيه عينُ النجاسة، وإلا فهو نجس.

[أثر نجاسةٍ عسُر زوالُه]

(و)كذا (أثرُ نجاسة)، أي: لونُها ورِيحُها، وأما الطَّعْمُ، فلا بد من إزالته، كما في «القهستاني»[٦]، (عسُر زَوالُه)، بأن كانت النجاسةُ شيئًا لا يزول أثرُها إلا بإزالةِ عينِها، ويكون ما بقي من الأثر عَفْوًا.

---

(١) انظر: فتح المعين لملا مسكين مع حاشية أبي السعود (١/ ١٣٠).

(٢) كذا في النسخ. وفي «البحر»: (مواطئ).

(٣) كذا في النسخ. وفي «البحر»: (طريق).

(٤) «البحر الرائق»، كتاب الطهارة، باب الأنجاس (١/ ٢٤٨).

(٥) في هامش (خ): (قوله: إن لم تستبن... إلخ. نقل في «العمدة» عن «البيري» أنه إذا كان يرى أثره، وهو يزيد على قدر الدرهم: فلا بد من غسله، فلو صلى معه: أعاد، كما في «السراج»، ثم قال: وأقول: ما ذكره من التقييد بأن لا يرى أثره، وأن لا يزيد على قدر الدرهم رواية عن أبي يوسف، والمعتمد الإطلاق، وقد سبق ذكره للشارح... إلخ).

(٦) قال في «جامع الرموز»، كتاب الطهارة، بداية فصل: يطهر الشيء (١/ ٩٥): «يطهر الشيء عن نجس مرئي بزوال عينه، أي: بذاته، وبه يزول الطعم لا محالة».
وفي هامش (ع): (ولو توقف إزالة الأثر على تسخين الماء لا يلزم، كما في «النهر»، ولكن يرد عليه ما قاله في «النهر»: حب فيه خمر، غسل ثلاثا، لا يطهر ما دام ريح الخمر، حتى يجوز فيه وضع شيء من المائعات سوى الخل، تأمل).

[بول السِّنَّور في غير أواني الماء على قول]

(و)كذا (بولُ سِنَّوْر)، هو الهِرَّة، وقيل: واحدُ السَّنانير، خلَقه الله لدفع الفَأْر، (في غير أَوَاني الماء، وعليه الفتوى. ومنهم من أطلَق[1]) القولَ (في) بول (الهِرَّة والفَأْرة)، وحكَم بالنجاسة في الأواني وغيرها. وفي «البزَّازية» و«الخانية» أنه أظهرُ الرِّوايات[2]. قال في «الخلاصة»: «الهِرَّة إذا بالَت في إناء أو على ثوب: تنجَّسَ، وكذا بولُ الفأرة. وقال الفقيه أبو جعفر: يَتنجَّس الإناءُ دون الثوب»[3]، انتهى.

[خَرْءُ الحمَام والعُصْفور، وخَرْءُ الطُّيور المُحرَّمة في رواية]

(و)كذا (خَرْء حمَام وعُصفور وإن كثُر) ذلك الخُرْء، (و)كذا (خَرء الطُّيور المُحرَّمة في رواية)؛ قال في «الخلاصة»: «خَرء ما يُؤكَل لحمُه طاهرٌ، إلا ما له رائحةٌ كريهة، كخَرء الدُّجاج والإوَزِّ والبطِّ، وهو نجسٌ نجاسةً مُغلَّظة. وزُرْق سِباع الطير،

---

(١) في هامش (خ): (قوله: أطلق، أي: لم يقيد العفو عن بولهما بغير الأواني، أي: أطلق القول بالنجاسة في الأواني وغيرها، كما هو صريح الشرح، تدبر).

(٢) كذا في «فتاوى قاضي خان»، كتاب الطهارة، فصل فيما يقع في البئر (١/ ٩).

وفي «البزازية»، كتاب الطهارة، الفصل الأول في الآلة، نوع في الجباب والأواني (٤/ ٨ ـ ٩): «فرت الفأرة من هرة، وفرت على الماء: أفسدته؛ لأنها ترمي بالبول في هذه الحالة. قال الإمام الهندواني: بولها يعفى في الثياب لدخولها تحت طيه، لا في الماء؛ لعدم الضرورة. ومثله الهرة، يعفى لعابها في الماء للضرورة، لا في العضو. وعلم بهذا جهل العوام، فإنهم يمكنونها من لحس العضو، ثم يصلون قبل غسله. وقيل: بول الهرة لا يعفى في الماء والثياب. وفصل البعض بين الذكر والأنثى؛ لأن الذكر يرمي فيعفى، لا الأنثى».

وفي (١/ ٢٢): «بول الهرة أو الفأرة إذا أصاب الثوب لا يفسده. وقيل: إن زاد على قدر الدرهم أفسد، وهو الظاهر».

(٣) «خلاصة الفتاوى»، كتاب الطهارات، الفصل الأول، الجباب والأواني (١/ ٦).

كالبازيِّ والحَدَأة، طاهرٌ، وعند محمد: نجسٌ نجاسةً مُغلَّظة»[١]، انتهى.

لكن صرَّح في «البحر» بأن خرء الطُّيور المُحرَّمة القول بطهارتِها روايةٌ عن أبي حنيفة وأبي يوسف، وهي ضعيفة[٢].

ونقل في «التبيين» أن الأصحَّ أنه نجسٌ اتفاقا، ولكن عند أبي حنيفة نجاسة مُخفَّفة، وعندهما: مُغلَّظة، وهو المنقول عن الهندواني، وقال: إن الصحيح روايته. ووجهُ التخفيف: عمومُ البلوى والضرورة، وهي توجب التخفيفَ فيما لا نصَّ فيه. ووجهُ التغليظ: أنه لا تكثُر إصابتُه، وقد غيَّره طبعُ الحيوان إلى خُبث ونَتِن، فصار كخُرْء الدجاج والبطِّ. وأورِد وأنقض[٣] هذا على تعريفهما المُغلَّظةَ بما ليس للاجتهاد فيه مَساغٌ، أي: اتفق على النجاسة، وقد تحقَّق الاجتهادُ[٤] فيه»[٥].

وأجاب في «البحر» بضَعْف رواية الطهارة، وإن صحَّحها بعضُهم. وأجاب العلامة قاسم بأنهما إنما يَعتبِران الاختلافَ إذا كان بنصٍّ لم يُعارِضه آخَرُ، وما هنا ليس كذلك، انتهى.

[موتُ ما لا نفسَ له سائلة في الماء]

(و)كذا (موتُ ما لا نفسَ له سائلة)، كالبقِّ والذُّباب، أي: لا دمَ له سائلٌ. قال الشاعر:

تَسِيلُ على حدِّ السُّيوف نُفوسُنا ... وليس على غير السُّيوف تَسِيل

---

(١) «خلاصة الفتاوى»، كتاب الطهارات، الفصل السابع فيما يكون نجسا (١/ ٤٤).

(٢) انظر: «البحر الرائق»، كتاب الطهارة، باب الأنجاس (١/ ٢٤٧).

(٣) كذا في (خ) و(م). وفي (ع) و(ب): (نقض).

(٤) في «التبيين»: «وقد تحقق فيه الاختلاف، فكان للاجتهاد فيه مساغ».

(٥) انظر: «تبيين الحقائق»، كتاب الطهارة، أقسام الماء، ماء البئر إذا وقعت فيه نجاسة (١/ ٧٤-٧٥).

[رِيقُ النائم والصِّبيان]

(و)كذا (رِيقُ النائم مُطلقًا، على المُفتَى به). قال في «التاتارخانية»: «سواء كان من الفم، أو مُنبعِثًا من الجَوف عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، وعليه الفتوى»(١).

وفي «المحيط»: إن جفَّ وبقِي له أثرٌ، أي: ريحٌ أو لَونٌ، بأن كان مُنتِنًا أو أصفرَ: فهو نجس. وجه الأوَّل: أن الغالب كونُه من البلغم، وهو طاهرٌ مُطلقًا عندهما، خلافا لأبي يوسف. ووجه الثاني: أن ما كان مُتغيِّرًا، فالظاهر كونُه من المِعْدة، وما خرج منها نجس، واستثناؤُهما البلغمَ للزُّوجِيَّته(٢)، وهذا ليس كذلك، على أنه يجوز أن يكون من قُرْحة ونحوِها أيضًا. وهذا إذا لم يُعلَم أنه من قرحة، وإن عُلِم أنه منها: فلا كلامَ في نجاسته(٣).

(و)كذا (أَفوَاه الصِّبيان)، وفي عدِّه منها نظرٌ يظهر بأدنى تأمُّل. ولو قال: «أيدِي الصِّبيان»، لكان له وجهٌ.

[غُبار السِّرجين، والدُّخان النجس، ومَنفَذُ الحيوان، والفُساء]

(و)كذا (غُبار السِّرجين)، بكَسْر السِّين، مُعرَّب سَركيس، بفتحها، أي: السِّرْقين.

(و)كذا (قليلُ الدُّخان النجِس) إذا أصابَ الثوبَ المَبلُولَ لا يُنجِّسه، ما لم يَظهَر أثرُه؛ بناءً على أن دخانَ النجس نجسٌ، والصحيح خلافُه.

(و)كذا (مَنفَذُ الحيوان)، أي: مَخرَجُه إن لم يكن عليه نجاسة.

---

(١) «الفتاوى التاتارخانية»، كتاب الطهارة، الفصل السابع في النجاسات وأحكامها (١/ ٤٤٣).

(٢) في هامش (خ): (قوله: للزوجيته، أي: فلا تتداخله النجاسة، انتهى).

(٣) انظر: «غمز العيون» (١/ ٢٤٩).

(و)كذا (الرِّيح والفُساء)، عطفُ تفسير[١]، وهو الريح الخارجُ من الدُّبُر، **(إذا أصابت السَّراويلَ المُبتلَّة أو المَقعَدة)** المُبتلَّة، على المُفتَى به. وهذا بناءً على أن عينَها نجِسةٌ، والصحيحُ طهارةُ عينِها. وقيل: معنى العَفْو عنها أن الشارع لم يَجعَل لها حكمَ النجاسة، مع أنها مَظِنَّةُ النجاسة؛ لانبعاثِها عن محلِّها.

(وكان الإمامُ الحَلَوانيُّ لا يُصلِّي في سَراويلِه، ولا تأويلَ لفعله إلا التحرُّز عن الخلاف). لكن في «البحر»: «لو استنجَى بالماء، ولم يمسَحْه بالمنديل حتى فسَا: اختلَف المشايخُ فيه، وعامَّتُهم على أنه لا ينجُس ما حولَه، **والمختار** أنه ينجس. وكذا لو ابتلَّ السَّراويل بالعرَق أو الماء ثم فسَا، غير أن جوابَ شمس الأئمَّة أنه ينجس. وكذا لو استنجى بغير الماء، كالحجَر، ثم ابتلَّ ذلك الموضعُ، وفسَا بعد ذلك، ثم أصابَ من ذلك بدنه أو ثوبه، قيل: لا ينجس، والمختارُ أنه ينجس، وهكذا في «البزَّازية»»[٢]، انتهى.

فعُلم أن ما ذكره هنا غيرُ المُختار للفتوى، لكن قال بعد ورَقتَين: «**والفتوى** أنه يجوز، سواء كانت السَّروايل رَطْبة أو يابِسة»[٣]، انتهى.

[طهارةُ رَماد الرَّوث والعَذِرة]

(ومن ذلك الباب: أن النار مُطهِّرةٌ للرَّوْث والعَذِرة)، أي: رَجِيع الآدمي، **(فقُلنا)** بناءً على ذلك **(بطهارة رَمادِهما)** التي اعتاد أهلُها طبخَ الخُبز بالرَّوث لقِلَّة الحطَب فيها، لكنَّ العَذِرة لم يُعهَدْ الطبخُ بها.

---

(١) في هامش (خ): (قوله: عطف تفسير. الأولى: عطف خاص على عام؛ لأن الريح شامل له ولما له تصويت، وتسميه العامة: الضراطَ، انتهى).

(٢) انظر: «البحر الرائق»، كتاب الطهارة، باب الأنجاس (١/ ٢٤٤)، و«الفتاوى البزازية»، كتاب الطهارة، الفصل الثامن فيما يصيب الثوب (٤/ ٢٣).

(٣) انظر: «البحر الرائق» (١/ ٢٤٥).

[طهارةُ بولِ الخُفَّاش وخَرْئه]

(ومن ذلك) الباب أيضا: (طهارةُ بول الخُفَّاش)، بوزن رُمَّان، الوَطْوَاط، سُمِّي به لصِغَر عينِه وضعفِ بصَره، ويقال له: الخُطَّاف، لخَطْفِه البَعُوضَ، وهو طَعْمُه.

(و)كذا (خَرْؤُه)، أي: الخُفَّاش. وفي «مجمع الفتاوى»: «بول الخُفَّاش يُعتبَر فيه قدرُ الدِّرهم، ولا بولَ لغيرها من الطيور. وبولُ سائر الطُّيور البلَّة التي تكون مع خرئها»، انتهى. ولم يذكر الخرءَ وما قدر ما يُعتبَر فيه، والظاهرُ أنه كالبول[1].

[البَعْر إذا وقَع في المِحلَب ورُمِي قبلَ التفتُّت]

(و)من ذلك أيضا: (البَعْر) نجاسته مُخفَّفة، ومع ذلك (إذا وقَع في المِحْلَب)، أي: إناء الحلَب، يعني: ولم يَتغيَّر اللَّبَنُ، كما يشير إليه قوله: (ورُمي) البعرُ (قبل التفتُّت)، أي: التفرُّق، قلنا: لا يُنجِّسه تيسيرا.

وقيَّد بكونه في المِحلَب؛ لأنه لو كان في الإناء يُنجِّسه القليلُ، على ما قيل؛ لعدم الضرورة. وفي «الهداية»: «في الشاة، تَبعَر في المِحلَب بَعْرةً أو بعرتَين، قالوا: تُرمَى البعرةُ، ويُشرَب اللَّبَنُ؛ لمكان الضرورة»[2].

والمُصنِّف رحمه الله لم يُقيِّده بما قيَّده به صاحبُ «الهداية»؛ «لما قاله في «الفيض»: «التعبير بالبَعْرة أو البعرتَين ليس احترازًا عما فوق ذلك، بل لو وقع

---

(١) في هامش (ع): (قوله: والظاهر أنه كالبول، قيل: إنه لا يلزم من كون نجاسة بوله مغلَّظة أن يكون خرؤه كذلك؛ ألا ترى أن نجاسة بول الحمار مغلَّظة، وخرؤه مخففة عندهما، تأمل. وفيه: أنه لا يمنع الطهور؛ إذ نجاسة خرء الحمار مُعلَّلة، كما سيأتي، بخلاف ما هنا، فليُتأمَّل).

(٢) «الهداية» مع «فتح القدير»، كتاب الطهارات، باب الماء الذي يجوز به الوضوء، فصل في البئر (١/ ١٠٠).

البعـر في المِحلَـب، فرمَى به من سـاعته: لا يُفسِـده»، انتهى، «شـرنبلالية»(١).

[تخفيف نجاسة الأرواث عند الصاحبين]

(و)من ذلك: (تخفيفُ نجاسة الأَرْواث)، أي: القول بنجاستها مُخفَّفة (عندهما)، «وهو الأظهر»، «شُرنبُلالية»(٢).

وأطلق الرَّوثَ، فشمِل روثَ ما يُؤكَل وغيرِه، وذلك للاختلاف بين العلماء في النجاسة والطهارة، فأَورَث الخِفَّة، وهذا هو الأصل عندهما في المُخفَّفة. وعند الإمام: مُغلَّظة؛ لثُبوتِها بنصٍّ لم يُعارَض، كما هو الأصل عنده. ووَرَد عن النبي ﷺ أنه علَّل النهيَ عن الاستنجاء بالرَّوث بأنه زادُ الجِنِّ(٣)، وهذا يقتضي الطهارةَ، ووَرَد أنه قال فيه: «إنه رِجْسٌ»(٤)، وهو صريحٌ في النجاسة، فتعارَض النصَّانِ، فكان ينبغي على أصله أن يكون نجِسًا مُخفَّفا. قلنا: دلالةُ الأوَّل على الطهارة بالإشارة، والثاني بالعبارة، وإذا تعارَضا تقدَّم العبارة، فلا تعارُضَ.

---

(١) انظر: «حاشية الشرنبلالي على الدرر»، كتاب الطهارة، فصل: بئر دون عشر (١/ ٢٥).

(٢) انظر: «حاشية الشرنبلالي على الدرر»، كتاب الطهارة، باب تطهير الأنجاس، ما يعفى عنه من النجس (١/ ٤٧).

(٣) روى البخاري في «صحيحه»، كتاب مناقب الأنصار، باب ذكر الجن، برقم (٣٨٦٠)، عن أبي هريرة رضي الله عنه، حين سأل النبي ﷺ عن حكم الاستنجاء بالعظم والروثة، قال ﷺ: «هما من طعام الجن، وإنه أتاني وفد جن نصيبين، ونعم الجن، فسألوني الزاد، فدعوت الله لهم أن لا يمروا بعظم ولا بروثة إلا وجدوا عليها طعامًا».

(٤) روى البخاري في «صحيحه»، كتاب الوضوء، باب لا يستنجى بروث، برقم (١٥٦)، ولفظه: «هذا ركس».

[طهارة ما يُصيب الثوبَ من بُخارات النجاسة]

(و)كذا (طهارةُ ما يُصِيب الثوبَ من بُخاراتِ النجاسة على الصحيح). لم يُقيِّده بما قيَّده أوَّلا من القِلَّة[١]، إشارةً إلى عدم الفرق بينهما.

وفي «التاتارخانية»: «مرَّت الرِّيح بالعَذِراتِ، وأصابَت الثوبَ المبلولَ: تنجَّسَ إذا وُجِدت رائحةُ النجاسة. وما يُصيب الثوبَ من بُخاراتِ النجاسات، قيل: يَتنجَّس الثوبُ بها، وقيل: لا يَتنجَّس، وهو الصحيحُ»[٢]، انتهى.

[ما يصيبه من ماء الكَنيف، وماء الطابق، والإصطبل]

(و)من ذلك: (ما يُصيبه)، أي: الثوبَ، من (الكَنيفَ، ما لم يكن أكبرُ رأيِه النجاسةَ).

(و)من ذلك: (ماءُ الطابق)، بالفتح والكسر، الآجُرُّ الكبير، (استحسانًا. وصُورته)، أي: ماء الطابق، (أُحرِقت العَذِرةُ في بيت، فأصابَ ماءُ الطابق ثوبَ إنسان).

(وكذا الإصطبل إذا كان حارًّا، وعلى كُوَّتِه طابق أو بيتُ بالُوعَة)، أي: كنيف، (إذا كان عليه طابق و(تَقاطَر منه) الماءُ.

قيل عليه: لا شكَّ أن الماء السائلَ من الكَنيف نجسٌ، وأما المُتقاطِر من بُخاره، فهو كماء الطابق وماءِ الكُوز المُعلَّق في الإصطبل، فما وجهُ التقييد في الأوَّل بما إذا لم يكن أكبرُ الرأي النجاسةَ؟ وأُجيب بأنا نُريد الأوَّل، و«مِن» بمعنى «في»، أي: الماء السائل من المُستعمَل في الكنيف، إذا أصاب ثوبَه منه شيءٌ: اعتُبِر فيه أكبرُ الرأي، أو نريد الثاني، ونُفرِّق بينهما بأن النجاسة الحالَّةَ في الكنيف مُغلَّظةٌ اتفاقا، بخلاف نجاسة ماء الطابق، تأمل.

---

(١) في هامش (خ): (قوله: أولا من القلة، أي: في قوله: «وقليل الدخان النجس»، انتهى).

(٢) «الفتاوى التاتارخانية»، كتاب الطهارة، الفصل السابع في النجاسات وأحكامها (١/ ٤٤٥).

(وكذا الحمَّام إذا أُهريق)، أي: صُبَّ، (فيه النجاساتُ، فعرَق كُوَّتُها وتَقاطَر).

(وكذا لو كان في الإصطبل كُوزٌ مُعلَّق فيه ماءٌ، فترشَّح في أسفلِ الكُوز)، ففي «الخانية»: «القياس أن يكون نجسًا؛ لأن البلَّة في أسفل الكُوز صار نجِسًا ببُخار الإصطبل. وفي الاستحسان: لا يتنجَّس الكوز؛ لأن الكوز طاهرٌ، والماء الذي فيه طاهر، فما ترشَّح منه يكون طاهرا[١]»[٢]، انتهى.

قال شيخُنا: «وما ذكره من التعليل في جانبَي القياس والاستحسان مبنيٌّ على نجاسة بُخار النجاسة في الأوَّل، وطهارته في الثاني، وإلا يلزم المُنافاة»[٣]، انتهى.

[طهارة المِسْك والزَّباد والعَنْبر]

(وكذا القول بطهارة المِسك) على كلِّ حالٍ، فيُؤكَل في الطعام، ويُجعل في الأَدْوية، (وإن كان أصلُه دمًا)، أي: دم غَزَال؛ لأنه تغيَّر فصار طاهرا، كرَماد العَذِرة. والمراد بالتغيُّر الاستحالةُ إلى الطِّيب، وهو من المُطهِّرات عندنا.

وأما نافِجةُ المسك، ففي «الخانية»: «صلَّى ومعه نافجةُ المسك، إن كانت يابسةً: جازت الصلاةُ بها؛ لأنها بمنزلة المدبُوغة، وإن كانت رَطبةً، فإن كانت نافجةَ دابَّةٍ مذبوحةٍ: فصلاتُه جائزة؛ لأنها طاهرةٌ، وإلا فصلاته فاسدة»[٤]، انتهى.

(و)كذا القول بطهارة (الزَّباد، وإن كان) أصلُه (عرَقَ حيوانٍ مُحرَّمِ الأَكْل)؛

---

(١) في هامش (خ): (قوله: يكون طاهرا. فالحاصل أن القياس والاستحسان بالنسبة لما ترشح من الكوز. وأما ما فيه من الماء، فطاهر، قياسا واستحسانًا، انتهى).

(٢) «فتاوى قاضي خان»، كتاب الطهارة، فصل في النجاسة التي تصيب الثوب أو الخف (١/ ٢٠).

(٣) «عمدة الناظر» لأبي السعود (ل/ ١٣٤/ ب).

(٤) «فتاوى قاضي خان»، كتاب الطهارة، فصل في النجاسة التي تصيب الثوب أو الخف (١/ ٢٤).

لتغيُّره إلى الطِّيبية[١]. وفي «القاموس»: «غلَط الفقهاءُ واللُّغويُّون في قولهم: الزَّباد دابَّةٌ يُجلَب منها الطِّيبُ، وإنما الدَّابَّة السِّنَّور، والزَّباد الطِّيب، وهو رَشْح[٢] يجتمع تحت ذنَبها على المَخرَج، فتُمسَكُ الدابَّةُ، وتُمنَع الاضطرابَ، ويُسلَت[٣] ذلك الوسَخُ المُجتمِعُ هناك بلِيطة أو خِرْقة»[٤]، انتهى.

وأما العَنْبر، فقال البيري: «الصحيحُ أنه عينٌ في البحر بمنزلة عين القير، وهو طاهر، وقد تطيَّب عليه الصلاة والسلام بالمسك، فكان يُرى في مفارقه وبيصُه»[٥]، انتهى.

(و)كذا (التُّراب الطاهرُ إذا جُعِل طِينًا بالماء النجِس، أو) جُعِل (عكسَه)، بأن جعل الطِّين النجِس بالماء الطاهر، فقيل: العِبْرة بالنجس في أيِّهما كان، وصحَّحه في «الخانية»[٦]، وقيل: العبرة بالطاهر منهما، وقيل: العبرة بالماء، وقيل: على العكس، (والفتوى على أن العبرة بالطاهر منهما).

فعلى هذا، «لو عُجِن الطَّحِينُ بالماء المُتنجِّس: يجوز أكلُه ما لم يظهَرْ أثرُ النجاسة. وسبق ما يُؤيِّد ذلك من أن خَرء الفأرة إذا عُجِن مع الدقيق: يجوز أكلُه ما لم يظهَرْ أثرُ النجاسة»، «شيخنا»[٧].

---

(١) في (ع): (الطيبة).

(٢) في (ع): (وسخ). والمثبت موافق لما في «القاموس».

(٣) كذا في «القاموس»، وفي النسخ: (يسلب). والسلت: الإخراج باليد.

(٤) «القاموس المحيط»، باب الدال، فصل الزاي (ص ٢٨٥).

(٥) «عمدة ذوي البصائر» (١/ ٢٠٧).

(٦) انظر: «فتاوى قاضي خان»، كتاب الطهارة، فصل في النجاسة التي تصيب الثوب (١/ ٢٦).

(٧) «عمدة الناظر» لأبي السعود (ل/ ١٣٥/ أ).

[رشاش غُسالة الميِّت]

(و)كذا (ماءٌ ترشَّش على الغاسِل من غُسالة المَيِّت) كائنًا (مما لا يُمكِن الاحترازُ عنه)، وهذا بناءً على أنه نجسٌ يُعفَى عنه، كما تُفيده عبارةُ «الخانية»[١]، ولكن في «السراج»: «إذا كان على بدنه نجاسةٌ: فهي نجِسةٌ، وإلا فهي طاهرةٌ على الأصحِّ»، انتهى.

[ماء رُشَّ به السُّوق، ومَوَاطِؤ الكلاب، والطِّين المُسرقن، ورَدَغة الطريق]

(وماءٌ رُشَّ به السُّوقُ إذا ابتلَّ به قدَماه، ومَوَاطِؤُ الكلاب، والطِّينُ المُسَرقن)، أي: المُختلِط به السِّرقين، وهو اليابسُ من رَوْث الحيوان، (وردَغة الطريق)، بالغين المُعجَمة والدال المحرَّكة، وقد تُسكَّن: «الماءُ والطينُ والوحَل الشديد»، «قاموس»[٢]، وفي «المُغرب»: «هي الطين الرقيق»[٣].

[مشروعية الاستنجاء بالحجَر مع أنه ليس بمُزيل]

(و)من ذلك: (مشروعيةُ الاستنجاء بالحجَر، مع أنه ليس بمُزِيل) للنجاسة؛ بناء على أنه مُخفِّف، وقيل: مُطهِّر، وصُحِّح كلٌّ منهما، (حتى لو نزَل المُستنجِي به)، أي: الحجر، (في ماءٍ) دون عَشْر: (نجَّسَه)، ولو كان مُزيلا لما نجَّسَه. «وهذا إذا كانت النجاسةُ على المَخرَج، وكانت أقلَّ من قدر الدرهم، وإن كانت قدرَ الدرهم يكفيه الحجرُ عند أبي حنيفة أيضًا، وعند محمد: لا، وعن أبي يوسف روايتان. وهذا في

---

(١) حيث قال (١/ ١٦): «وما يصيب ثوب الغاسل من ذلك قدر ما لا يمكن الاحتراز عن ذلك: يكون عفوا».

(٢) «القاموس المحيط»، باب الغين، فصل الراء (ص ٧٨٢).

(٣) «المغرب في ترتيب المعرب»، باب الراء، الراء مع الدال (ص ١٨٧).

غير الصديد والقَيح والدم، وإلا فلا يكفي الحجرُ مطلقًا»، «خلاصة»(١).

[كلُّ مائعٍ قالِعٍ يُزيل النجاسةَ الحقيقية]

(و)من ذلك: (القول)، أي: قول أبي حنيفة وأبي يوسف، (بأن كلَّ مائعٍ قالِعٍ)، كالخَلِّ وماءِ الوَرْد والباقِلَّاء، (يُزيل النجاسةَ الحقيقيةَ) عن الثوب والبدن، إلا ما رُوِي عن أبي يوسف، كما في «الخلاصة»(٢). وأما الحُكمية، فلا يُزيلها عند الكلِّ. وعند محمد والشافعي: كلُّ ما يُزيل الحُكمِيَّةَ يُزيل الحقيقيَّةَ، وما فلا.

ثم إن المصنف عدَل عن العبارة المشهورة: كلُّ طاهرٍ مائعٍ قالِعٌ، احترازًا عما قيل: إن الطهارة ليست بشرطٍ في التطهير، حتى لو غسَل الثوب المُتنجِّس بالدم ببَولِ ما يُؤكَل لحمُه: زالَت نجاسةُ الدم وبقِيت نجاسةُ البول، فلا يَمنَع ما لم يفحُش، لكن الصحيحَ اشتراطُ الطهارة، واختاره السرخسيُّ، واستحسَنه في «الفتح»(٣).

[مسُّ الصِّبيان المُصحَفَ وكُتبَ العلم]

(و)من ذلك: (مسُّ المُصحَف)، أي: جوازه، (للصِّبيان للتعليم). قيَّده بالمَسِّ إيماءً إلى جواز الحَمْل؛ للفرق بين المسِّ والحمل، وسوَّى بينهما في «التنوير»(٤).

---

(١) «خلاصة الفتاوى»، كتاب الطهارات، الفصل الثالث في نواقض الوضوء، الاستنجاء (١/ ٢٣ ـ ٢٤).

(٢) لعل الصواب: (إلا ما روي عن محمد)؛ ففي «الخلاصة»، كتاب الطهارات، الفصل السادس في غسل الثوب والدهن (١/ ٤٠): «فلو غسله بغير الماء من المائعات، كالخل وماء الورد وماء الباقلاء: جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، وعند محمد: لا يجوز....، وغسل النجاسة التي أصابت البدن أو العضو لا يجوز بالمائعات، وعن أبي يوسف: انه يجوز». وقال في (١/ ٤٢): «وأصل هذا، أن إزالة النجاسة بغير الماء من المائعات الطاهرات جائز، خلافا لمحمد».

(٣) انظر: «فتح القدير»، كتاب الطهارات، باب الأنجاس (١/ ١٩٤).

(٤) انظر: «الدر المختار»، كتاب الطهارة، أركان الوضوء (ص ٢٨).

والمرادُ بالمُصحَف ما فيه آيةٌ، ولو كانت مكتوبةً على درهم.

وهل يُمنَع من مسِّ بَياضِه الغير المكتوب؟ قال في «غاية البيان»: المُعتبَر المكتوبُ، فلو مسَّ البَياضَ أو الجِلدَ لا يُكره، وهذا أقربُ إلى القياس، والمنعُ أقربُ إلى التعظيم.

واختلفوا في مسِّه بغير أعضاء الوضوء، وبما غُسِل من الأعضاء قبل إكمال الوضوء، والمنعُ أصحُّ، «مجتبى».

«ويُكرَه مسُّ كتبُ التفسير والفقه والسُّنَن؛ لأنها لا تخلُو عن آيات. وهذا التعليل يُفيد المنعَ في كتب النحو»، «بحر»[١]. وصرَّح القهستاني بالمنع في الكتب السَّماوية[٢]، فما بحَثه في «النهر»[٣] مخالفٌ للمنقول.

ويُفيد تقييدُه بالتعليم عدمَ الجواز في غيره.

وفي «التاتارخانية»: «وكرِه بعضُ المشايخ دَفْعَ المُصحف واللَّوح الذي عليه القرآنُ للصِّبيان، وعامَّةُ المَشايخ لم يَرَوا به بأسًا»[٤]. وفي «الهداية»: «وهذا هو الصحيح»[٥]، انتهى.

وفي «حاوي المُنْيـة»: «ويجوز أن يقول للصبيِّ: احمَلْ إليَّ هذا المُصحَفَ»، انتهى.

---

(١) انظر: «البحر الرائق»، كتاب الطهارة، باب الحيض (١/ ٢١٢).

(٢) انظر: «جامع الرموز»، كتاب الطهارة، فصل الحيض (١/ ٨٨).

(٣) انظر: «النهر الفائق»، كتاب الطهارة، باب الحيض (١/ ١٣٤).

(٤) انظر: «الفتاوى التاتارخانية»، كتاب الطهارة، الفصل الثاني في ما يوجب الوضوء، بيان أحكام المحدث (١/ ٢٧١).

(٥) «الهداية» مع «فتح القدير»، كتاب الطهارات، باب الحيض والاستحاضة (١/ ١٧٠).

[مسحُ الخُفّ في الحضَر]

(و)من ذلك: (مَسْحُ الخُفِّ في الحضَر) يومًا وليلةً. وهذا يُفيد أفضليةَ الغَسل.

[مطلب: الخلاف في كون المسح رخصةَ إسقاطٍ أو رخصةَ تأخير]

فإن قلت: الغَسل عزيمةٌ، والمَسْح رخصةٌ، وهو رخصةُ إسقاط، والعزيمةُ لا تبقى مشروعةً معها، فكان يجب أن لا يجوز الغَسل. وأُجيب: بأن الرخصةَ ما دام مُتخفِّفًا[١]، وإذا نزَع: بطلت، فثبَتت العزيمةُ، كالقَصْر للمُسافر ما دام مُسافرا، «كافي».

وبحث فيه الزيلعيُّ بمَنْع قيدِ الدَّوَام، فإنه في حال اللُّبْس الغَسل مشروعٌ، حتى قالوا: يبطُل مسحُه إذا خاضَ الماءَ، فدخَل الخُفَّ حتى انغسَل أكثرُ الرِّجل، ولولا أن الغسل مشروعٌ: لما بطَل مسحُه من غير نَزْع[٢].

وأجاب عنه في «الدُّرَر» بأن مراده بالمشروعية الجوازُ في نظر الشارع، بحيث يَترتَّب عليه الثواب، لا أن يَترتَّب عليه حكمٌ شرعيٌّ؛ بدليل تنظيره بقَصْر الصلاة[٣]. فإذا تكلَّف الغَسل من غير نَزْع أَثِم[٤]، كما إذا أتمَّ[٥].

---

(١) أي: لابسًا الخف.

(٢) انظر: «تبيين الحقائق»، كتاب الطهارة، أقسام الماء، ماء البئر إذا وقعت فيه نجاسة (١/ ٤٦).

(٣) في هامش (خ): (قوله: بقصر الصلاة؛ فإن العامل بالعزيمة ثمة، بأن صلى أربعا، وقعد على الركعتين: يأثم، مع أن فرضه يتم، انتهى).

(٤) في هامش (خ): (قوله: أثم. قال في «الشرنبلالية»: وفي تأثيمه نظر لا يخفى، انتهى. ووجهه شيخنا بأن رخصة المسح حقيقية، كفطر المسافر والمريض، لا رخصة إسقاط، كقصر الفرض الرباعي، انتهى، كذا في «أبي السعود»).

(٥) انظر: «درر الحكام»، كتاب الطهارة، باب المسح على الخفين (١/ ٣٣ ـ ٣٤).

وفيه: أنه سلَّمَ للزيلعي[١] الفرعَ المُتقدِّم، مع أنه صرَّح في «تتمة الفتاوى» أنه لا يبطُل مسحُه إذا خاضَ الماء؛ لأن استتارَ القدَم بالخُفِّ مانعٌ لسِراية الحدَث إلى الرِّجل، فلا يقع هذا غَسْلا مُعتبَرا مُبطِلا للمسح، ومثلُه في «القنية»، وفي «النهر» عن «السراج» أنه الأظهر[٢].

اعلم أنه وقع مُعترَكٌ عظيم في هذا المبحث، وحاصلُه أن صاحب «الكافي» جعل الترخُّصَ في المسح من قَبيل رخصةِ قَصْر المسافر، وهو النوع الثاني من الرُّخَص التي ستأتي، وجعَلها صاحبُ «الدُّرَر» من النوع الخامس منه من قَبيل فِطْر المسافر.

فعلى الرُّخصة الأُولى، لا تبقى العزيمةُ معها مشروعةً، بخلاف الثانية، فالغَسل مع التخفُّف غيرُ مشروع على الأُولى، ومشروعٌ على الثانية، بل مُثابٌ[٣]؛ بدليل أنه لو لم يكن مشروعًا لما بطل مسحُه إذا خاضَ الماءَ ودخَل الخُفَّ، ولما تَرتَّب عليه

---

(١) في هامش (خ): (قوله: وفيه أن سلم للزيلعي... إلخ. حاصله أن جواب صاحب «الدرر» يقتضي تسليم ما ذكره الزيلعي من أن المسح يبطل إذا خاض الماء، ودخل الماء في الخف، حتى انغسل أكثر رجليه، وتسليم أنه لا يبطل بانقضاء المدة فيما إذا تكلف، وغسل رجليه من غير نزع، وليس كذلك. أما عدم تسليم الأول؛ فلما في «تتمة الفتاوى الصغرى» عن ابن الفضل: لو ابتل قدمه لا ينتقض مسحه؛ لأن استتار القدم بالخف يمنع سراية الحدث إلى الرجل، فلا يقع هذا غسلا معتبرا، فلا يوجب بطلان المسح، انتهى. وأما عدم التسليم في الثاني؛ فلما في «النهر» عن ابن أمير حاج من أنه يجب عليه غسل رجليه ثانيا بعد المدة لعمل الحدث السابق عمله من السراية إلى الرجلين، فيحتاج إلى مزيل حينئذ للإجماع... إلخ، «أبي السعود»).

(٢) انظر: «النهر الفائق»، كتاب الطهارة، باب المسح على الخفين (١/ ١١٦).

(٣) قوله: (بل مثاب)، ليس في (ع).

حكمُه من جواز الصلاة وغيرها مما تُشترَط له الطهارةُ إذا تكلَّف وغسَل رِجلَيه من غير نَزْع. هذا حاصلُ كلام الزيلعي(١).

وصاحبُ «الدُّرَر» منَع كونَه مُثابًا، بل لا يجوز الغَسلُ المذكور، بمعنى أنه آثِمٌ، لا باطلٌ، كما في قَصْر الصلاة؛ فإن معنى أنه لا يجوز العملُ بالعزيمة فيها الإثمُ، والرخصة والعزيمة إنما تثبُت حالَ التخفُّف، لا بعده.

واعترَضه الحلَبِيُّ بأن الحقَّ مع الزيلعي، واستدلالُه بكونه كالقَصْر [غيرُ](٢) مُسلَّم؛ فإن المسافر إذا صلَّى أربعًا، وقعَد على رأس الركعتَين: لا يكون آتِيًا بالعزيمة، وليس في وُسْعه ذلك؛ لأن فرضه ركعتان، فلا يقدر على جعلها أربعًا، كما أنه لا يقدر على جعل الظُّهر سِتًّا مثلا، وإنما أثِم لبناءِ النفل على تحريمة الفرض، لا لأنه أتى بالعزيمة مع عدم جوازها وإباحتها له، بخلاف المُتخفِّف، فإنه اعتُبِر غَسلُه شرعًا، وترتَّب عليه حكمٌ من الأحكام الشرعية، وهو بطلانُ المسح ولزومُ نَزْع الخُفِّ لإتمام الغَسل، ولو قُدِّر أنه غسَل الرِّجلَين مُتخفِّفًا: لترتَّب عليه أنه لا ينتقِض بتمام المُدَّة، مع جواز الأفعال التي تُشترَط لها الطهارةُ به، فثبت مشروعيةُ الغَسل حالَ التخفُّف(٣).

وهـذا كلُّه على تسليم صحَّة الفرع الذي ذكَره، وهو منقولٌ في «الظهيرية» و«الخانية»(٤)..

---

(١) أي: فقول «الكافي» أنها رخصة أسقاط غير صحيح، كذا في هامش (خ).

(٢) في النسخ: (مسلم)، وفي «غنية المتملي»: (غير صحيح).

(٣) انظر: «غنية المتملي»، فصل في المسح على الخفين (ص ١٠٥).

(٤) قال في «فتاوى قاضي خان»، كتاب الطهارة، باب الوضوء والغسل، فصل في المسح على الخفين (١/ ٥٠): «ماسح الخف إذا دخل الماء خفه، وابتل من رجله قدر ثلاثة أصابع أو أقل: لا يبطل =

و«الذخيرة»[1] و«صدر الشريعة»[2]، وإن قال في «السراج»: «الأظهرُ عدم صحَّته».

واعتَـرض فـي «الفتـح» علـى الزيلعـيِّ بعـدم صحَّـة هـذا الفـرع؛ لأن كلِمتَهم اتَّفقَتْ علـى أن الخُـفَّ مانعٌ سـرايةَ الحـدث إلى القـدم[3]، وبنَـوا عليه مَنْعَ المسـح للمُتيمِّـم والمعـذور مـن بعد الوقت، وهـذا يقتضي عدمَ صحة الغَسـل فـي الفرع ما لـم يَبتَـلَّ ظَهْـرُ الخُفِّ؛ لأنـه [في] غير محلِّـه، فصار كما لو غسَـل فـوق المِرْفق، فلا تجوز الصـلاةُ به[4].

وردَّه الحلَبي بصحة الفرع؛ لأنه منقولٌ في الكتب المتقدمة، وأن قوله[5]: «في غير محله»، غيرُ مُسلَّم، وتشبيهُه بغَسْل الذِّراعَين غيرُ مُسلَّم. وأما قولهم: «الخُفُّ مانعٌ سرايةَ الحدَث... إلخ»، هو إنما اعتُبِر مانعًا ترخيصًا لدفع الحرج اللَّازم بإيجاب الغَسْل عَينًا، فإذا حصَل الغسلُ: زال الترخُّصُ؛ لزوال سببه المُختصِّ هو به، فقُدِّر حُلولُ الحدَث قُبيل الغَسْل، فحلَّ[6] في محلِّه، فليُتأمَّل، فلا مَحيصَ عن اعتراض الزيلعي على أهل الأصول»[7]، انتهى.

= مسحه؛ لأن هذا القدر لا يجزئ عن غسل الرجل، فلا يبطل به حكم المسح. وإن ابتل جميع القدم، وبلغ الماء الكعب: بطل المسح، يروى ذلك عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى».

(١) انظر: «الذخيرة البرهانية»، كتاب الطهارة، الفصل السابع في المسح على الخفين (١/ ٣٩٠).

(٢) قال في «شرح الوقاية»، كتاب الطهارة، باب المسح على الخفين (٢/ ٧٥): «وكذا (أي: يجب غسل الرجلين) إن دخل الماء أحد خفيه، حتى صار جميع الرجل مغسولا».

(٣) أي: فتبقى القدم على طهارتها، ويحل الحدث بالخف، فيزال بالمسح. كذا في «الفتح».

(٤) «فتح القدير»، كتاب الطهارات، باب المسح على الخفين (١/ ١٤٥).

(٥) أي: ابن الهمام.

(٦) أي: الغسل. وفي النسخ: (محل). والمثبت من «غنية المتملي».

(٧) انظر: «غنية المتملي»، فصل في المسح على الخفين (ص ١٠٦ ـ ١٠٧).

(لِمَشقَّة نزعِه في كل وضوء، ومن ثَمَّة)، أي: من أجل أن جوازَ مسح الخُفِّ للمَشقَّة، (وجب نزعُه للغُسل لعدم تكرُّره)، أي: الغسل، تكرُّرَ الوضوء، فلا يكون في نَزْعه له مَشقَّةٌ.

[لا يُحكَم على الماء بالاستعمال ما دام على العُضْو]

(و)من ذلك: أنه (لا يُحكَم على الماء بالاستعمال)، أي: بكونه مُستعمَلا، (ما دام مُتردِّدًا على العُضْو). والقياس أن يُحكَم به بمجرَّد ملاقاته بالبدن لوجود السبب، وهو الاستعمالُ للقُربة، إلا أنا تركناه لضرورة الحرج، فسقَط اعتبارُ حالة الاستعمال، ولم يُحكَم باستعماله ما دام مُتردِّدًا، حتى لو نقَل البلَّة من العُضو إلى موضع في ذلك العضو لم يُصِبْه الماءُ: جاز، ولو لعُضْوٍ آخَر: لا يجوز.

ومفهوم كلامه أنه متى انفصَل عن العُضو، وإن لم يَستقِرَّ: يُحكَم عليه بالاستعمال، وهو المذهب، وصحَّحه في «الهداية»[(١)] وكثير. وقيل: لا يصير مُستعمَلا ما لم يَستقِرَّ، ورجَّحه بعضُهم، ومشى عليه في «الكنز»[(٢)].

[لا يُحكَم بنجاسة الماء إذا لاقَى المتنجس ما لم ينفصِل عنه]

(و)لا (يُحكَم بنجاسة الماء)، ولا كلِّ مائع قالع، (إذا لاقى المُتنجِّس، ما لم ينفصِلْ عنه)؛ لأنه لو حُكِم بنجاسته قبل الانفصال لم يحصُل طهارةُ شيءٍ أصلا بالماء؛ لأنه يَتنجَّس الماءُ بمُلاقاته، فيَحِلُّ المحلَّ ماءٌ نجِس، وكذا كل ما بعده يتنجَّس

---

(١) قال فيه: «الصحيح أنه كما زايل العضو صار مستعملا». «الهداية» مع «فتح القدير»، كتاب الطهارات، باب الماء الذي يجوز به الوضوء (١/ ٩٠).

(٢) حيث قال: «والماء المستعمل لقربة أو رفع حدث، إذا استقر في مكان، طاهرٌ، لا مطهِّرٌ». «كنز الدقائق»، كتاب الطهارة (ص ١٤١).

بمُلاقاة[1] بَلَلِ السابق، فحكَمنا بطهارته ما دام في المُتنجِّس لضرورة الطهارة، فإذا انفصَل عن المحلِّ المُتنجِّس: حكَمنا بالنجاسة؛ لأنه زالت تلك الضرورةُ، فظهر أثرُ المُخالَطة للنجاسة لزوال المانع، وهذا يُشبِه تخصيصَ العِلَّة[2].

[تغيُّر الماء بالمَكْث، أو بمُخالِط طاهر، أو بما يَتعسَّر صونُه عنه لا يَضُر]

(و)من ذلك أيضا: (لا يَضُرُّه)، أي: الماء، (التغيُّرُ بالمَكْث)، بتثليث الميم، «در»[3]، (الطويل، و)لا التغيُّرُ بـ(الطِّين) ما لم يَغلِبْ عليه، (و)لا بـ(الطُّحْلَب)، بضَمِّ الطاء واللام المفتوحة والمضمومة، وهو الأخضرُ الذي يَعلُو الماء.

(و)كذا لا يَضُرُّه (كلُّ ما)، أي: طاهر، (يَتعسَّر صَونُه عنه)، ما لم يخرُج عن طَبْع الماء، وذلك كما إذا مات ما لا دمَ له فيه، كالبَقِّ، والزُّنْبُور، والذُّباب، «والضِّفْدع، برِّيًّا[4] أو بحريًّا على الأصحِّ»، «در»[5]، والسمك، والسَّرَطان، والكلب المائي، وخِنزيرِه.

[إباحةُ المشي واستدبارِ القبلة عند سَبْق الحدَث، وفي صلاة الخوف]

(و)من ذلك: (إباحةُ المَشْي) في الصلاة (والاستدبارِ)، أي: استدبار القبلة، (عند سَبْق الحدَث)، «وكذا قتل الحية، ولو بعمَل كثير على الأظهر»، «شيخنا»[6] نقلا عن «الشُّرنبلالية»[7].

---

(١) في (ع): (بملاقاته).

(٢) في هامش (خ): (قوله: تخصيص العلة، أي: وفي جواز تخصيصها خلاف عند الأصوليين، تأمل).

(٣) الذي في «الدر المنتقى»، كتاب الطهارة، فصل: الطهارة بالماء المطلق (١/ ٤٥): «بفتح الميم».

(٤) في هامش (ع) و(خ): (وقيل: يفسده البري إن كان له دم سائل، كالحية).

(٥) قال في الدر المنتقى»، كتاب الطهارة، فصل: تجوز الطهارة بالماء المطلق (١/ ٥٠): «والضفدع ولو بريا لا دم له، في الأصح».

(٦) «عمدة الناظر» لأبي السعود (ل/ ١٣٩/ أ).

(٧) انظر: «حاشية الشرنبلالي على الدرر»، كتاب الصلاة، أواخر باب صلاة الخوف (١/ ١٤٩).

(و)كذا (إباحتُهما)، أي: المشي والاستدبار، (في صلاة الخوف) التي تُصلَّى عند الخوف من عَدُوٍّ أو سَبُع.

والمراد بإباحة المشي في الخوف المشيُ للاصطفاف، وبه صرَّح في كثير من المُعتبَرات. وأما المشيُ لغيره، فلا؛ «قال في «الكافي»: ولم تجُزْ لماشٍ هارِبًا من العَدُوِّ، ولم يُمكِنْه الوقوفُ ليُصلِّي، فإنه لا يصلي ماشيًا، ولو ركِب: فسَدتْ صلاتُه عندنا»، «شرنبلالية»(١).

[إباحة النافلة على الدابَّة، وإباحة القُعود فيها بلا عُذر]

(و)من ذلك: (إباحة) الصلاة (النافلة)، ولو سُنَّة الفجر على الصحيح، مُومِيًا إلى أيِّ جهة توجَّهت دابَّتُه. «فلو سجَد: لا يصح؛ لأنها شُرِعت بالإيماء»، «در منتقى»(٢).

(على الدابَّة خارجَ المصر)، سواء كان مسافرًا أو مُقيمًا خارجا لحاجةٍ، قدَر على النزول أو لا. والمراد بـ «خارج المصر»: ما يجوز للمسافر فيه قصرُ الصلاة.

ولا يُشترَط طهارةُ الدابَّة على الأصحِّ، ولا طهارة السَّرْج، ولا الرِّكابَين.

وقيَّده الأتقاني بما إذا كانت الدابَّةُ تَسِير بنفسها. أما إذا سيَّرها صاحبُها، فلا يجوز التطوُّعُ ولا الفرضُ. وإذا حرَّك رِجْلَه أو ضرَب الدابَّةَ: فلا بأس به إذا لم يَصنَعْ شيئًا كثيرا، انتهى. وتعليلُه هذا يفيد أنه إذا سيَّرها بعمل قليل تجوز الصلاة.

ولم يشترط عَجْزَه عن إيقافها، وهو ظاهرُ «الهداية»(٣)، وشرَطه في «المحيط».

---

(١) انظر: «حاشية الشرنبلالي على الدرر» (١/ ١٤٩).

(٢) «الدر المنتقى»، كتاب الصلاة، أواخر باب الوتر والنوافل (١/ ٢٠١).

(٣) انظر: الهداية مع «فتح القدير»، كتاب الصلاة، باب النوافل، فصل في القراءة (١/ ٤٦٢).

وحمل الشُّرنبُلالي ما في «المحيط» على الفرض، وإلا فالنفلُ يُتوسَّع فيه[١].

وتقييدُه بالدابَّة ينفي صحةَ الصلاة ماشيًا، وهو بالإجماع.

«ومثلُ الدابَّة العجَلةُ، والمِحمَلُ على الدابة، سائرةً أو لا. ولو جعل تحت المحمل خشبةً حتى بقي قرارُه على الأرض[٢]: يكون بمنزلة الأرض»، «فتح»[٣].

وقيَّد بالنافلة؛ لأنها لا يصِحُّ عليها الفرضُ والواجبُ بأنواعه، وصلاةُ الجنازة، وسجدةٌ تُلِيت فوقها، من غير عُذر. ومن العذر: خوفُ اللِّصِّ والسَّبُع على نفسه أو ماله، أو كانت الدابَّةُ جَموحا لا يقدر على ركوبها إلا بمُعين، وهو شيخ كبير لا يجِد من يُركِبه، أو كان هناك مطرٌ أو طين. وأما إذا كانت الأرض نَدِيَّةً: فإنه يُصلِّي عليها.

وفي «الخلاصة»: «حمل امرأته من القرية إلى المصر: كان لها أن تُصلِّي على الدابَّة في الطريق إذا كانت لا تقدِر على النزول»[٤]، انتهى.

(و)كذا (إباحتُها فيه)، أي: المصر، (في رواية عن أبي يوسف). وقال محمد: يجوز ويُكره[٥].

---

(١) انظر: «حاشية الشرنبلالي على الدرر»، كتاب الصلاة، باب الوتر والنوافل، التنفل قاعدا مع القدرة على القيام (١/ ١١٨).

(٢) لا على الدابة.

(٣) انظر: «فتح القدير»، كتاب الصلاة، باب النوافل، فصل في القراءة (١/ ٤٦٤).

(٤) هكذا ذكره الحموي(١/ ٢٥٢) معزوا إلى «خلاصة الفتاوى»، ولم أجده فيه. وذكره في «البحر» عن «الخانية» و«الظهيرية». انظر: «فتاوى قاضي خان»، كتاب الصلاة، باب صلاة المسافر (١/ ١٧١).

(٥) في هامش (خ): (قوله: ويكره. هذا محل الخلاف. فحاصله أن الأقوال ثلاثة: الأول: قول أبي حنيفة أنه لا يجوز التطوع على الدابة في المصر؛ الثاني: قول أبي يوسف أنه لا بأس به؛ الثالث: قول محمد أنه يجوز ويكره. والمعتمد قول الإمام رحمه الله تعالى).

(و)كذا (إباحة القعود فيها)، أي: النافلة، على كيفية التشهُّد على المُفتَى به، (ولو بلا عُذْر)، وثوابُها قاعدا على النصف منه قائما.

[جملة من توسُّعات الإمام أبي حنيفة في أبواب العبادات]

(و)من ذلك: أنه (وسَّع أبو حنيفة رحمه الله في العبادات كلِّها)؛ لأدلَّةٍ لاحَتْ له، لا للعُسْر وعُموم البَلوى.

[لم يجعل مسَّ المرأة والذَّكَر ناقضًا للوضوء]

(فلم يقُل: إن مسَّ المرأة والذَّكَر ناقضٌ).

[لم يَشترِطْ النيةَ والدَّلْك في الطهارة]

(ولم يشترط) أبو حنيفة رحمه الله تعالى (النيةَ في الطهارة) بالماء، بغير نَبيذ التمر وسُؤْر الحمار، (ولا الدَّلْك)، بل جعل الأوَّل سُنَّةً، والثاني مُستحبًا؛ لأن المأمور به التطهُّر، ولا يتوقف على غير ذلك، فمن اشترطَهما فيه فقد زاد في النصِّ، وهو نَسْخٌ.

[فوَّضَ أمرَ المِياه إلى رأي المُبتلَى به]

(ووسَّع) أبو حنيفة (في المياه، ففوَّضَه)، أي: أمرَها، (إلى رأي المُبتلَى به) دون التقدير بعَشْر، فإن غلب على ظنِّه عدمُ خُلوص النجاسة إلى الجانب الآخَر: جاز، وإلا فلا. وهو ظاهر الرواية عن الإمام، وإليه رجع محمد، وهو الأصحُّ، «غاية».

وحقَّق في «البحر» أنه المذهب، وبه يُعمَل، وأن التقدير بعَشْر في عشر لا يرجع إلى أصلٍ يُعتمَد عليه، وردَّ ما أجاب به صدرُ الشريعة[1].

(١) انظر: «البحر الرائق»، كتاب الطهارة، أحكام المياه (١/ ٧٩ - ٨٠).

لكن في «النهر» أن «اعتبار العشر أضبطُ، ولا سيَّما في حقِّ من لا رأيَ له من العَوامِّ»(١)، فلذا أفتى به المتأخِّرون، أي: في المُربَّع بأربعين، وفي المُدوَّر بستة وثلاثين، وفي المُثلَّث من كل جانب خمسة عشر ورُبُعًا وخُمُسًا بذراع الكِرْباس.

ولو له طولٌ، لا عَرْضٌ، لكنَّه يبلُغ عشرًا في عشر: جاز تيسيرًا. ولو أعلاه عشرا وأسفلُه أقلُّ: جاز، حتى يبلغ الأقل، ولو بعكسه، فوقع فيه نجسٌ: لم يجز حتى يبلُغَ العشر.

ولو جمَد ماؤه، فثُقِب، إنْ الماءُ منفصِلا عن الجمَد: جاز، وإن مُتَّصلا: لا؛ لأنه كالقَصْعة.

والمختار طهارةُ المُتنجِّس بمُجرَّد جرَيانه، وكذا حوضُ الماء والبئر.

«وسائرُ المائعات كالماء في القِلَّة والكثرة»، «زيلعي»(٢).

«وذارع الكرباس سبعةُ قبضات بدون إصبع قائمة»، «قهستاني»(٣).

[لم يشترط مُقارَنة النية للتكبير]

(ولم يشترط) أيضًا (مُقارَنة النية للتكبير)، بل جوَّز تقدُّمَها عليه، إلا أن يأتي بمُنافٍ، كما تقدم.

[لم يُعيِّنْ شيئًا من القرآن لفرض القراءة]

(ولم يُعيِّن) أبو حنيفة (من القرآن شيئًا)، بحيث لا يجوز غيرُه، (حتى الفاتحة) تجوز الصلاةُ بدونها، خلافًا للشافعي. وإنما لم يُعيِّن (عمَلا بقوله

---

(١) «النهر الفائق»، كتاب الطهارة (١/ ٧٤).

(٢) «تبيين الحقائق»، كتاب الطهارة، أقسام الماء (١/ ٢٣).

(٣) انظر: «جامع الرموز»، كتاب الطهارة، فصل: بيان المياه (١/ ٤٨).

تعالى: ﴿فَاقْرَءُوا مَا تَيَسَّرَ مِنَ الْقُرْءَانِ﴾ [المزمل: ٢٠]، والتعيين بحيث لا يجوز غيره عُسْرٌ.

[منع المأمومَ من القراءة]

(وأسقَط) أبو حنيفة (القراءةَ عن المأموم، بل منَعه)، أي: المأموم، (منها)، أي: القراءة، حتى قيل بفساد صلاته، (شفَقةً على الإمام؛ دفعًا للتخليط)، أي: تخليط القراءة (عليه)، أي: الإمام، (كما يُشاهَد ذلك) التخليط (بالجامع الأزهر في مصر) القاهرة، بسبب جماعة الشافعية فيه.

[جوَّز تكبيرة الافتتاح بكلِّ لفظٍ يُفيد التعظيم]

(ولم يَخُصَّ) أبو حنيفة (تكبيرةَ الافتتاح بلفظِ) التكبير، (وإنما جوَّزها بكلِّ ما يُفيد التعظيم[1])، مثل: الله أجلُّ وأعظمُ، أو الرحمنُ أكبرُ عندهما.

«وعند أبي يوسف: إذا كان يُحسِن لفظَ التكبير: لا يصير شارِعًا بغيره. ولو قال بالفارسية: «خداى بزركست»، أو «بنام خداى بزرك»: يصير شارعًا في قوله. وقال الشيخان: لا يصير شارعًا بغير اللغة العربية إذا كان يُحسِنُها»، «خانية»[2].

وفي «التاتارخانية»: «إن الشروع بالفارسية كالتلبية، يجوز اتفاقا»[3]. «فظاهره رجوعهما إليه، لا هو إليهما. وقد اشتبه عل كثير من المُتأخِّرين، حتى الشُّرنبُلالي في كُلِّ كُتُبه»، «در»[4].

---

(١) في هامش (ع): (خاصا كان أو مشتركا. وخصه المرغيناني بالخاص. وأما المشترك فلا، إلا أن يصير خاصا، كالرحيم بعباده).

(٢) «فتاوى قاضي خان»، كتاب الصلاة، باب افتتاح الصلاة (١/ ٨٥ـ ٨٦).

(٣) انظر: «الفتاوى التاتارخانية»، كتاب الصلاة، الفصل الثاني في فرائض الصلاة وواجباتها (٢/ ٥٢).

(٤) «الدر المختار»، كتاب الصلاة، باب صفة الصلاة (ص ٦٧).

والحاصل أنهما رجعا إلى قوله في الشروع، وهو إلى قولهما في القراءة.

[جوَّز قراءةَ القرآن بالفارسية للعاجِز عن العربية]

(وأسقط) أبو حنيفة (نَظْمَ القرآن عن[1] المُصلِّي، وجوَّزه بالفارسية)، وإن كان يُحسن العربية. وعندهما: لا يجوز إذا كان يُحسِنها، وتفسُد صلاته.

«وعلى هذا الخلاف جميعُ ما في الصلاة من التشهُّد، والقُنوت، والدُّعاء، وتسبيحاتِ الركوع والسجود، إذا كان يحسن العربية. وكل ما ليس بعربية، من التركية والزنجية والحبشية والنبطية، كالعربية[2]»، كما في «الخانية»[3].

(ورُوِي رجوعُه)، أي: أبي حنيفة، (إلى قولهما). وهذه الرواية مشهورةٌ، فلا وجه لِذِكْرها بصيغة التمريض.

[لم يجعل الطمأنينةَ في الرُّكوع والسُّجود فرضًا]

(وأسقط) أبو حنيفة (فَرْضَ الطمأنينة)، أي: تسكين الجوارح، وأقلُّه قدرُ تسبيحة، (في الركوع والسجود)، حتى تطمئِنَّ مَفاصلُه، بل هي واجبةٌ عنده في تخريج الكرخي، وسُنَّةٌ في تخريج الجرجاني، وكذا في الرفع منهما، على ما اختاره الكمال[4]، وصوَّبه المُصنِّف[5]، لكنَّ المشهور أن مُكمِّلَ الفرض واجبٌ، ومُكمِّل الواجب سُنَّة.

---

(١) في النسخ: (على). والمثبت من نسخة «الأشباه» المطبوعة مع «نزهة النواظر».

(٢) كذا في النسخ. وهو سهو، والصواب: (كالفارسية)، أي: في الحكم. وليس في «الخانية» قوله: (كالعربية).

(٣) انظر: «فتاوى قاضي خان»، كتاب الصلاة، باب في افتتاح الصلاة (١/ ٨٦).

(٤) قال في «فتح القدير»، كتاب الصلاة، باب صفة الصلاة (١/ ٣٠٢): «وينبغي أن تكون القومة والجلسة واجبتين للمواظبة».

(٥) قال في «البحر الرائق»، كتاب الصلاة، باب صفة الصلاة، الركوع والسجود في الصلاة (١/ ٣١٧): «

وقال أبو يوسف والشافعي: هي فرضٌ في الأربعة.

[أسقَط لُزوم تفريق الزكاة وصدقة الفطر على الأصناف الثمانية]

(وأسقَط) أبو حنيفة (لـزومَ التفريق على الأصناف الثمانيـة) المذكورةِ في قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلصَّدَقَٰتُ لِلۡفُقَرَآءِ وَٱلۡمَسَٰكِينِ وَٱلۡعَٰمِلِينَ عَلَيۡهَا وَٱلۡمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمۡ وَفِي ٱلرِّقَابِ وَٱلۡغَٰرِمِينَ وَفِي سَبِيلِ ٱللَّهِ وَٱبۡنِ ٱلسَّبِيلِ﴾ [التوبة: ٦٠]، والمُؤلَّفَـةُ قلوبُهـم سـقَطوا بأنواعهـم الثلاثـة، فبقيـت الأصنافُ سبعةً، فيجـوز للمُزكّـي أن يدفع زكاتَـه لواحد منهم.

وقال الشافعي: لا يجوز الدفعُ إلا إليهم كلِّهم، من كلِّ صنف ثلاثةُ أنفُس، إلا العامل؛ لأن اللام للمِلك، والواو للتشريك، فكانت الزكاةُ حقَّهم، وقد ذكَرهم بلفظ الجمع، وأقلُّ الجمع ثلاثةٌ.

ولنا: أن المراد بالآية بيانُ الأصناف التي يجوز الدفعُ إليهم، لا تعيينُ الدفع إليهم، وبيانُ استحقاقهم؛ لأن الزكاة حـقُّ الله، لا حقُّهم، ولعِلَّة الحاجة صارُوا مَصارِفَ لها، وكل واحد منهم في هذه العلة سواء، فيجوز الدفعُ إليهم كُلًّا أو بعضًا، سِوى المُؤلَّفة، واللام للعاقبة، لا للمِلك والاستحقاق.

وقوله: (في الزكاة)، مُتعلِّق بـ «لزوم التفريق»، (و)في (صدَقة الفِطْر)، وخُمس الرِّكاز.

ورخَّص بكفاية النية المُقارِنة وقتَ العَزْل في الزكاة تيسيرًا.

= «ومقتضى الدليل وجوب الطمأنينة في الأربعة، ووجوب نفس الرفع من الركوع والجلوس بين السجدتين؛ للمواظبة على ذلك كله، وللأمر في حديث المسيء صلاته».

[جوَّز تأخيرَ النية وعدمَ التعيين في الصوم]

(وجوَّز) أبو حنيفة (تأخيرَ النية) عن وقت الشروع إلى ما قبل نصف النهار (في الصوم)، سوى القضاء والنَّذْر المُطلَق والكفَّارات؛ إذ كلٌّ منها لا يصِحُّ إلا بنيَّةٍ مُبيَّتة من الليل، (و)جوَّز (عدمَ التعيين) لصوم رمضان والنذر المُعيَّن والنفل.

[جعل الحجَّ رُكنَين فقط]

(ولم يَجعَل الحجَّ إلا رُكنَين: الوقوفُ) بعرفة، (وطوافُ الزيارة)، وجعَل الإحرامَ شرطًا. وعند الشافعي: ركنٌ كالأوَّلَين، وكذا السعيُ بين الصفا والمروة ركنٌ عنده، وعندنا: واجب.

[لم يجعل الطهارةَ شرطَ صحَّةِ الطواف]

(ولم يشترط الطهارةَ له)، أي: لطواف الزيارة، فيجب دمٌ لو طاف له مُحدِثًا، وبدَنةٌ لو طاف له جُنُبًا، ويجب وقوعُه في أيام النحر، فلو أخَّره عنها يجب دمٌ.

[لم يجعل أشواطَ الطواف كلَّها أركانًا، بل أكثرَها]

(ولم يجعل السَّبعة)، أي: سبعة أشواط من طواف الزيارة، (كلَّها أركانًا، بل الأكثرَ منها)، وهو الأربعة، والثلاثة الباقية واجبةٌ، خلافًا للشافعي، فإنه جعَلها كلَّها رُكنًا.

[لم يقُل بفرضية العُمرة]

(ولم يُوجِب العُمرة[1])، أي: لم يقُلْ بفرَضِيَّتها، ولو (في العُمُر)، بل جعَلها سُنَّة، وهو الصحيح. وقيل بوجوبها، وفي «النوازل»: إنه الصحيح.

---

(١) في هامش (ع): (وهي طواف وسعي، ركنان، وإحرام شرط).

وقيل: المراد بالوجوب القربُ من الواجب. وقولُه تعالى: ﴿وَأَتِمُّوا۟ ٱلْحَجَّ وَٱلْعُمْرَةَ لِلَّهِ﴾ [البقرة: ١٩٦]، يقتضي الوجوب. قلنا: نعم؛ الأمر بالإتمام يقتضيه[١]، ولا يقتضي وجوبَها ابتداءً، والأحاديث الواردة في كونِها تطوُّعًا كثيرةٌ، كقوله عليه الصلاة والسلام: «الحجُّ جهادٌ، والعمرة تطوُّعٌ»[٢]، انتهى.

والشافعي أوجَبها في العُمر، أي: جعَلها فرضَ عين.

(كلُّ ذلك للتيسير) على المؤمنين. وفي كون ذلك تيسيرًا نظرٌ، وإن كان في الكلِّ تيسيرٌ بالنسبة إلى خلافه.

[الإبراد بالظهر أيضًا من باب التيسير]

(ومن ذلك) الباب: (الإبرادُ بالظُّهر)، أي: تأخير أدائها إلى البُرود، (في شدَّة الحرِّ). هذا القيدُ مُضِرٌّ؛ لأن الشافعيَّ قال: لا يُستحَبُّ الإبراد إلا في شِدَّة الحرِّ في البلاد الحارَّة، أو صلَّى في جماعة في موضع يقصِده الناسُ من بعيد. وأبو حنيفة يَستحِبُّ الإبرادَ، وأصحابه قالوا: يُبْرِدُ مطلقًا، سواء كان حرًّا أو لا، صلَّى بجماعة أو لا، في بلاد حارَّة أو لا، كما في «السراج الوهاج»، من أنه يُستحَبُّ الإبرادُ بثلاثة شروط، فيه نظر، «منح».

واختلفوا في حدِّ الإبراد، فقيل: أن يكون بين الفراغ من الصلاة وآخر الوقت

---

(١) أي: الإتمام. وفي هامش (خ): (قوله: يقتضيه؛ لأن من شرع في تطوع يلزمه إتمامه؛ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُبْطِلُوٓا۟ أَعْمَٰلَكُمْ﴾ [محمد: ٣٣]، والكلام ليس في ذلك، بل في الوجوب ابتداء، أي: قبل شروع المكلف فيها، فذلك ليس بواجب، والآية وهي ﴿وَأَتِمُّوا۟﴾... إلخ، فيما بعد الشروع، فلا تكون حجة لمن ادعى الافتراض ابتداء، انتهى).

(٢) رواه ابن ماجه في «سننه»، أبواب المناسك، باب العمرة، برقم (٢٩٨٩).

فَصْلٌ(١)، وقيل: إلى نصف وقتها، وقيل: إلى أن يصير للحيطان فَيْءٌ يمشي فيه طالبُ الجماعة.

(ومن ثَمَّة)، أي: ومن أجل استحباب الإبراد في الظهر تيسيرًا، (لا إبرادَ في الجُمعة لاستحباب التبكير)، أي: الذهاب إليها بكرة، (فيها)، أي: الجمعة، فلو أبرَد لأدَّى إلى العُسْر بالمَكث الطويل في الجامع، (على ما قيل).

(ولكن ذُكر عن الإسبيجابي أنها كالظُّهر في الزَّمانَين)، أي: في الصَّيف بالإبراد والتأخير، وفي الشِّتاء بالتعجيل. وأما الربيع والخريف، فقال في «البحر»: «ينبغي إلحاقُ الخريف بالصَّيف، والرَّبيع بالشِّتاء»(٢)، انتهى، فمِمَّا لا يُعوَّل عليه؛ لما صرَّح به في «مجمع الروايات» من أنه يُعجَّل بها فيهما، انتهى، والبحثُ في مقابلة المنقول مردودٌ، كما في «شرح نور الإيضاح» للشرنبلالي(٣)، وإن تبع صاحبَ «البحر» في «حواشي الدرر»(٤)، «شيخنا»(٥).

[جواز تَرْك الجُمُعة والجماعة والحجِّ بالأعذار المعروفة]

(و)من ذلك: (تَرْكُ الجماعة)، أي: جواز الترك، (للمطَر)، والريح الشديدة في الليلة المُظلِمة، لا في النهار، والطِّين، والبَرْد الشديد، والظُّلمة الشديدة، وتدافُع

(١) في هامش (خ): (قوله: فصل. فيه تحريف أو سقط، فليصحح على نسخة أو أصل منقول عنه، انتهى).

(٢) «البحر الرائق»، كتاب الصلاة، أوقات الصلاة (١/ ٢٦١).

(٣) انظر: «إمداد الفتاح»، كتاب الصلاة (ص ١٧٨)؛ «حاشية الطحطاوي على المراقي» (ص ١٨٢).

(٤) انظر: «حاشية الشرنبلالي على الدرر»، كتاب الصلاة، باب أوقات الصلوات (١/ ٥٢).

(٥) «عمدة الناظر» لأبي السعود (ل/ ١٤٣/ أ).

الأخبثَين أو أحدهما، أو يريد سفرًا، أو قائمًا بمريض أو يخاف ضياعَ ماله، أو حضَر العَشاءُ ونفسُه تَتُوقُ إليه.

واختلفوا في تكرير الفقه، وجَعْلُه عُذرًا مُقيَّدٌ بما إذا لم يُواظِب على الترك[١]، «نهر»[٢]. واللُّغة ليست بعُذر، وغيرُ الفقه كاللغة، كما هو ظاهرُ «الدر»[٣].

والعَمَى عُذرٌ إجماعًا، والخلاف في الجمعة.

(و)ترك (الجُمعة بالأعذار المعروفة) من السفر، والمرَض، والأنوثة، والرِّقيَّة، والعَمَى، وكونِه أجيرًا إذا لم يأذَنْ له المستأجِر، وكونه مُختفِيًا من الأمير الظالِم، وكونه مُقعَدًا أو مفلوجًا أو مقطوعَ الرِّجل أو شيخًا فانيًا.

(وكذا أسقَط أبو حنيفة عن الأعمى الجُمُعةَ والحجَّ، وإن وجَد قائدًا)؛ لأن القدرةُ بالغَير لا تُعَدُّ قُدرةً، خلافًا لهما؛ دفعًا للمَشقَّة. «يفهم منه وجوبُها عليه إذا كان في المسجد[٤]؛ لأن مفهومَ النصِّ مُعتبرٌ»، «شيخنا»[٥].

والأعذار الثابتة للجمعة ثابتةٌ للعيدَين.

---

(١) تهاوُنًا وتكاسُلا.

(٢) انظر: «النهر الفائق»، كتاب الطهارة، باب الإمامة والحدث في الصلاة (١/ ٢٣٩).

(٣) انظر: «الدر المختار»، كتاب الصلاة، باب الإمامة (ص ٧٦)، و«الدر المنتقى»، كتاب الصلاة، فصل: الجماعة سنة مؤكدة (١/ ١٦١).

(٤) بحيث إنه لا يحتاج إلى المشي، بأن كان على طهارة.

(٥) انظر: «عمدة الناظر» لأبي السعود (ل/ ١٤٣/ ب). وتمام عبارته: «لأن مفهوم التصنيف حجة، بخلاف الأدلة، كما هو مصرح به. ثم رأيت بخط شيخنا معزيا لـ«أنفع الوسائل» ما نصه: مفهوم التصنيف حجة، قال: وإنما كان المفهوم حجة عندنا في الرواية دون النصوص؛ لأن المفهوم فيها ليس بمقصود، بخلاف كلام الأصحاب، فإنه فيه مقصود».

[عدم وجوب قضاء الصلاة حالَ الحيض لتكرُّرها]

(و)من ذلك: (عدمُ وجوب قضاءِ الصلاة) المتروكة حالَ الحيض على الحائض (لتكرُّرها)، أي: الصلاة كلَّ يوم مع تكرار الحيض كلَّ شهر، فلو وجب قضاؤُها: لأدَّى إلى عُسْر.

والنِّفاس كالحيض في عدم وجوب القضاء فيه لطُوله، وإن لم يَتكرَّرْ تكرُّرَ الحيض[1].

(بخلاف الصوم)، فإنه لا يجيء في السَّنة إلا مرَّةً واحدة، فوجوبُ القضاء فيه لا يُؤدِّي إلى عُسْر.

قيل عليه: إن هذا لا يختص بالإمام، بل هو مُتَّفقٌ عليه عند الأئمة. أُجيب: بأن الإمام وصاحبَيه قالوا: إن حدَث الحيضُ في آخِر الوقت سقَط عنها القضاء؛ لأنه المُعتبَر عندهم.

وقال مالك وزُفَر: يسقُط القضاء إلا إن تضايَق الوقتُ عن الفعل، ويبقى منه بقدر ركعة، ولم يوجَد المانع؛ لأن تأخيره إلى هذا الوقت غيرُ مشروع.

وقال الشافعي: إن حاضَت قبل ذَهاب وقتٍ يُمكِن فيه أداءُ الصلاة كلِّها: لا قضاء عليها، وإلا، فإن مضَى عليها وقتٌ كذلك فعليها القضاء.

ولنا: حديثُ «الصحيحَين»: «إذا أقبَلت الحيضةُ فدَعِي الصلاةَ»[2]، فإنه بإطلاقه يمنع وجوبَ أدائها ووجوبَ قضائها مطلقًا.

---

(١) في هامش (ع): (هذا الجواب لا يفيد مع تكرُّرها).

(٢) رواه البخاري في كتاب الحيض، باب إقبال الحيض وإدباره، برقم (٣٢٠)؛ ومسلم في كتاب الحيض، باب المستحاضة وغسلها وصلاتها، برقم (٣٣٣).

ثم إن شرَعت في الصلاة فحاضت: يجب عليها قضاؤها؛ لأنها وجبت بالشروع، لا بالشَّرع، بخلاف الصلاة المفروضة، فإن وجوبَها بالشرع.

والصوم النفل إذا شرَعت فيه فحاضت، قيل: كالصلاة النافلة، وقيل: لا يجب عليها القضاء؛ لأنه عبارةٌ عن الإمساك المخصوص الذي كلُّه بمنزلة شيء واحد، فاعتراضُه في آخره كاعتراضه في أوَّله، بخلاف الصلاة.

(وبخلاف المُستحاضة)، فإنه يجب عليها قضاءُ ما فات فيها **(لنُدور ذلك المرض)**. وفيه: أن الاستحاضة لا تمنع صلاةً ولا صوما، فيجب عليها القضاء، فيُعتذَر عنه بنُدرة ذلك المرض، فلا يُؤدِّي إلى العُسر.

[سقوطُ القضاء عمَّن زاد إغماؤُه على يوم وليلة]

(و)من ذلك: **(سُقوط القضاء عن المُغمَى عليه)**، والمجنون كذلك، إذا كان بغير الخمر[1]، **(إذا زاد الإغماءُ على يوم وليلة)**، والزيادةِ بساعةٍ عندهما. وقال محمد: بدخول وقت السادسة، وهو الأصحُّ، «زيلعي»[2]، واعتمَده في «التنوير»[3] استحسانًا، والقياس أن لا قضاءَ عليه إذا استوعب وقتَ صلاةٍ كاملة؛ للعجز. وجه الاستحسان: الحرج في طُول المُدَّة، بخلاف ما إذا قصُرت، «منح».

ونقل في «الزواهر» أن هذا إذا كان لا يُفيق، أو ليس لإفاقته وقتٌ معلوم.

---

(١) في هامش (خ): (قوله: بغير الخمر. قال أبو السعود: زال عقله بالخمر: يلزمه القضاء وإن طالت المدة؛ لأنه حصل بما هو معصية، فلا يوجب التخفيف، ولهذا يقطع طلاقه، انتهى بحروفه. وقوله: يقع طلاقه، يراجع؛ فإن ذلك يقال في السكران. وأما المجنون، فطلاقه لا يقع، ولم نعلم الآن أحدا قيد بالقيد المذكور، والله أعلم بالصواب).

(٢) انظر: «تبيين الحقائق»، كتاب الصلاة، باب صلاة المريض (١/ ٢٠٤).

(٣) انظر: «تنوير الأبصار» مع «الدر المختار»، كتاب الصلاة، باب صلاة المريض (ص ١٠٢).

وأما لو كان لإفاقته وقتٌ معلوم، كأن يَخِفَّ[1] عنه وقتُ الصبح مثلا، فيُفيق ثم يُعاوِدُه: فإنَّ هذه الإفاقة تُعتبَر، ويبطُل ما قبلها من حكم الإغماء. وهذا أيضًا إذا لم يكن الإغماءُ بسبب البَنْج والدواء، إلا فيجب القضاءُ عندهما، خلافًا له، انتهى.

[سقوط القضاء عن العاجز عن الإيماء بالرأس]

(و)كذا سقوطُ القضاء **(عن المريض العاجِز عن الإيماء بالرأس)**، وإن قدَر على الإيماء بعَينَيه أو حاجِبَيه أو قلبِه، **(كذلك)**، أي: إذا زاد على يوم وليلة، وإن كان يفهم مضمونَ الخطاب، **(على الصحيح)**، وهو ظاهر الرواية، واختاره شيخ الإسلام وفخر الإسلام. وقيل: لا يسقُط عنه شيء، كالسكران؛ لأنه يفهم مضمونَ الخطاب، ورُدَّ بأن مُجرَّد العقل لا يكفي لتوجُّه الخطاب عليه، واختاره صاحبُ «الهداية»[2] و«الكنز»[3].

---

(١) أي: صار خفيفًا وأفاق.

(٢) صحح صاحب «الهداية» عدم سقوط الصلاة؛ قال: «لا تسقط عنه الصلاة وإن كان العجز أكثر من يوم وليلة إذا كان مفيقا، هو الصحيح؛ لأنه يفهم مضمون الخطاب، بخلاف المغمى عليه». انظر: «الهداية» مع «فتح القدير»، كتاب الصلاة، باب صلاة المريض (٢/ ٥).
وفي هامش (خ): (قوله: واختاره صاحب «الهداية». الذي صححه في «الهداية»، وتبعه في «الكنز»: وجوب القضاء إذا كان يفهم مضمون الخطاب. وخالف نفسه في كتابه «التجنيس»، وكتابه «المزيد»، فاختار عدم وجوب القضاء، وهو الذي عليه عامة المرجحين، فافهم).

(٣) قال في «التبيين» (١/ ٢٠١): «وقوله (أي: قول صاحب «الكنز»): «وإلا أخرت»، إشارةٌ إلى أن الصلاة لا تسقط عنه، وهذا إذا كان قليلا دون ست صلوات فظاهر، وكذا إذا كان كثيرا وكان مفيقا يفهم مضمون الخطاب في رواية».

[جواز أداء صلاة الفرض في السفينة قاعدًا مع القدرة على القيام]

(و)من ذلك: (جوازُ صلاة الفرض في السفينة قاعدًا مع القدرة على القيام؛ لخوف دَوَران الرأس). وأما «لو كان بحالة يدُور رأسُه لو قام: فيجوز له الصلاةُ قاعدًا إجماعًا. وأما بالإيماء، فلا يجوز ولو تطوُّعًا»، «خلاصة»[١].

ثم إن هذه المسألة فيها تفصيل، وهو أن السفينة إما سائرةٌ أو مربوطة، والمربوطة إما في الشطِّ أو اللُّجَّة، والمربوطة في اللُّجَّة إما شديدةُ الاضطراب[٢] أو لا.

فالسائرةُ والمربوطة في اللُّجَّة شديدة الاضطراب تجوز الصلاةُ فيها قاعدا[٣] من غير عُذْر[٤] عند الإمام مع الإساءة. وعندهما: لا تجوز إلا بعُذر؛ لأن القيام ركنٌ، فلا يسقُط إلا بعذر. وله: أن دَوَران الرأس فيها بالقيام غالبٌ، والغالبُ كالمُتحقِّق.

وأما المربوطة[٥] ....

(١) انظر: «خلاصة الفتاوى»، كتاب الصلاة، الفصل العشرون في الصلاة على الدابة وفي السفينة، آخر ما يتصل بهذا مسائل السفينة (١/ ١٩٤).

(٢) في هامش (خ): (قوله: شديدة الاضطراب، أي: تحركها الرياح تحريكا شديدا، فإن لم تحركها أصلا، أو حركتها يسيرا، فهي كالواقفة، وقد ذكر الواقفة بقوله: وأما المربوطة بالشط... إلخ، «إمداد»).

(٣) في هامش (خ): (قوله: قاعدا، أي: بركوع وسجود، لا بالإيماء).

(٤) في هامش (خ): (قوله: من غير عذر، بأن كان يقدر على القيام والخروج منها، «إمداد»).

(٥) في هامش (خ): (قوله: وأما المربوطة... إلخ. عبارة «نور الإيضاح» مع «شرحه»: وإن كانت مربوطة بالشط: لا تجوز صلاته فيها قاعدا مع قدرته على القيام بالإجماع على الصحيح. وهو احتراز عن قول بعضهم أنها أيضا على الخلاف، فإن صلى في المربوطة بالشط قائما، وكان شيء في السفينة على قرار الأرض: صحت الصلاة بمنزلة الصلاة على السرير، وإلا، أي: وإن لم يستقر منها شيء على الأرض: فلا تصح الصلاة فيها، كذا في «الإيضاح» و«مجمع الروايات» عن «المصفى». وهذا على المختار، كما في «المحيط» و«البدائع»؛ لأنها حينئذ كالدابة. وظاهر «الهداية» و«النهاية» =

في الشطِّ، وهي مُستقِرَّةٌ غيرُ مُضطَرِبة، فقيل: على الخلاف أيضًا، والصحيح عدمُ الجواز اتفاقًا.

وأما غيرُ المُستقِرَّة، فلا تصِحُّ الصلاةُ فيها أصلا، لا قائمًا ولا قاعدًا؛ لأنها إذا لم تستقِرَّ: فهي كالدابَّة، وإذا استقرَّت: فكالسَّرير. وقوله: كالدابَّة، مُقتضاه أنه لا تصِحُّ الصلاةُ فيها مطلقًا، لا قائمًا ولا قاعدًا، بل يجب عليه الخروجُ إن أمكنه، وهذا الذي اختاره في «المحيط» و«البدائع»[1]، وهو خلاف ظاهر «الهداية»، «نهر»[2].

[من التيسير: الصومُ في السَّنة شَهْرًا، والحجُّ في العُمر مرَّة، والزكاةُ رُبْعُ العشر]

(و)من ذلك: (الصوم في السَّنة شَهْرًا، والحجُّ في العُمر مرَّة، والزكاةُ رُبْعُ العُشْر)، لا أكثر من ذلك؛ (تيسيرًا). ولا يخفى أن هذا من تخفيفاتِ الشرع ابتداءً، لا من توسيعات أبي حنيفة.

[وجوبُ الزَّكاة بقُدْرةٍ مُيَسِّرة]

(ولذا)، أي: ولأجل التيسير، (قلنا: وجَبت) الزكاةُ (بقُدرة مُيَسِّرةٍ)، لا بقدرة مُمكِّنة. والقدرةُ المُيسِّرة هي تُوجِب تيسيرَ الأداء على العبد بعد ما ثبت الإمكانُ بالقُدرة المُمكِّنة، فهي كرامةٌ من الله تعالى في الدرجة الثانية من القدرة المُمكِّنة، ولهذا شُرطت في أكثر الواجبات الماليَّة التي أداؤُها أشقُّ على النفس عند العامَّة، وذلك كالنماء في الزكاة؛ فإن الأداء مُمكِن بدونه، إلا أنه يصير به أيسَرَ، حيث لا ينتقِص أصلُ المال، وإنما يَفُوت بعضُ النماء.

= و«الاختيار» جواز الصلاة في المربوطة بالشط قائما مطلقا، سواء استقرت بالأرض أم لم تستقر بها. وهذا عند إمكان الخروج بلا ضرر، فإن لم يمكن الخروج بلا ضرر يصلي فيها للحرج.

(١) انظر: «بدائع الصنائع»، كتاب الصلاة، فصل: أركان الصلاة (١/ ١٠٩).

(٢) انظر: «النهر الفائق»، كتاب الصلاة، باب صلاة المريض (١/ ٣٣٧).

«ثم القدرة المُمكِّنة لما كانت شرطًا للتمكُّن من الفعل وإحداثه: كانت شرطًا محضًا ليس فيه معنى العِلَّة، فلم يُشتَرط بقاؤُها لبقاء الواجب؛ إذ البقاءُ غير الوجود، وشرطُ الوجود لا يلزم أن يكون شرطًا للبقاء، كالشُّهود في النكاح شرطٌ للانعقاد دون البقاء، بخلاف المُيسِّرة، فإنها شرطٌ فيه معنى العِلَّة؛ لأنها غيَّرت صفةَ الواجب من العُسْر إلى اليُسْر؛ إذ جاز أن تجب الزكاةُ بمُجرَّد القدرة المُمكِّنة، لكن بصفة العُسْر، فأثَّر فيه القدرةُ المُيسِّرة وأوجبَتْه بصفة اليُسر، فيُشتَرط دَوَامُها نظرًا إلى معنى العِلِّيَّة؛ لأن هذه العِلَّة لا يمكن بقاءُ الحكم بدونها؛ إذ لا يُتصوَّر الواجب بصفة اليُسر بدونها؛ لأنه لم يُشرَع إلا بتلك الصفة، فلهذا اشترُط بقاءُ القدرة المُيسِّرة دون المُمكِّنة، (حتى سقَطت) الزكاةُ (بهَلاك المال) بعد الحَوْل والتمكُّن من الأداء، فلم يَبْقَ الوجوبُ لعدم بقاء القدرة المُيسِّرة، خلافًا للشافعي رحمه الله تعالى.

وأما إذا لم يَتمكَّن من الأداء، بأن هلك المال كما تمَّ الحَولُ، فلا ضمانَ بالاتفاق.

وأما إذا استهلك المالَ، بأن أنفقه في حاجته، أو أتلَفه في البحر، فلا تسقُط الزكاة، وكان ينبغي أن تسقط، كالهلاك؛ لانتفاء القدرة المُيسِّرة، إلا أن اشتراطَ بقاءِ القدرة المُيسِّرة إنما كان نظرًا إلى المُكلَّف رحمةً عليه، وقد خرج بالتعدِّي عن استحقاق الرحمة، فلم يسقُط الوجوب، أونقول: القدرة المُيسِّرة باقيةٌ تقديرًا؛ زَجْرًا على المُتعدِّي وردًّا لما قصَده من إسقاط الواجب عليه، ونظرًا للفقير»، كذا في «التلويح»[١].

وأما العُشْر، فواجب بالقدرة المُيسِّرة، فيبطُل بهلاك الخارج، وكذا الخراج،

---

(١) «التلويح على التوضيح»، الركن الأول في الكتاب، الباب الثاني في إفادة اللفظ الحكم الشرعي، فصل: التكليف بما لا يطاق (١/ ٣٨٤).

فلو كانت الأرضُ سَبِخَةً، أو زرَعها ولم تُنبِت: لم يجب شيء. والتمكُّن من الزراعة يكفي لوجوب الخراج، فلا يُجعَل تقصيرُه عُذْرًا، بخلاف ما إذا اصطَلم الزَّرْعَ آفةٌ قبل الحَصاد، حيث يسقُط. وأما بعد الحصاد، فلا يسقُط»، «غرر».

[إباحةُ أكل المَيتة ومال الغير للمُضطرِّ]

(و)من ذلك: (أكلُ المَيتة)، أي: إباحةُ أكْلِها قدرَ ما يدفَع به الهلاكَ، (و)إباحةُ أكل (مالِ الغيرمع ضمان البدَل) لذلك الغير (إذا اضطرَّ)، قيدٌ لكلٍّ من أكلِ الميتة ومالِ الغير.

[جواز أكلِ الوليِّ أو الوصيِّ من مال اليتيم بقدر أُجْرة عمله]

(و)من ذلك: (أكل الوَليِّ أو الوصِيِّ من مال اليتيم بقدر أُجْرة عمله). أما الوصي الذي نصَبه القاضي، ففيه اختلافٌ كثير، ذكَره في وصايا «القُنية». والصحيح: إذا عيَّن له أجرًا بقدر عملِه جاز. وأما وصيُّ الميِّت، فلا أجر له، كما سيجيء في الفنِّ الثالث.

وفي «الفتاوى الخيرية»: «في الوصي المختار: عيَّن له القاضي شيئًا من مال اليتيم، هل له تناوُلُه؟ وإذا بلَغ اليتيمُ هل له الرجوعُ عليه إذا أراد أو لا؟ أجاب بأن هذه المسألة فيها خلافٌ، قياسٌ واستحسانٌ. ففي «الخانية» و«البزازية»: «له ذلك لو محتاجًا استحسانًا»[١]. وفي «القنية» صحَّح أن لا أَجْرَ له. ومن المعلوم أنه إذا تعارَض القياسُ والاستحسانُ فالعملُ للاستحسان، إلا في مسائل، وليست هذه منها. وإذا كان الاستحسان [أنَّ][٢] له ذلك بدون تعيين القاضي، فبتعيينه أولى.

---

(١) «فتاوى قاضي خان»، كتاب الوصايا، فصل في تصرفات الوصي في مال اليتيم (٣/ ٥٢٣)، و«الفتاوى البزازية»، كتاب الوصايا، الفصل السادس في تصرفات الوصي (٦/ ٤٤٦).

(٢) ما بين المعقوفتين مستدرك من «الفتاوى الخيرية».

ونقلُ «القنية» لا يُعارض قاضي خان؛ لأن قاضي خان من أهل الترجيح، كما صرَّح به العلامة قاسم في «تصحيحه»[(١)] »[(٢)]، انتهى.

وفيها: «إن ولاية التصرُّف للأب، فإن لم يكُن: فلوصِيِّه، ثم لأبِ الأب، ثم وصِيِّه، ثم القاضي، وليس للقاضي وجوبًا التصرُّفُ ولا نصبُ الوصيِّ إذا كان الأبُ أو الجَدُّ أو وصيُّهما موجودا»[(٣)]، انتهى.

وفي «فتاوى الفضلي» و«النوازل»: وصيٌّ يخرُج في عمل مالِ اليتيم، ويستأجر دابَّةً من مال اليتيم، ويُنفِق من مال اليتيم ما لا بُدَّ منه: له ذلك. وقيل: لا يجوز. وقال أبو الليث: إذا كان فقيرًا يجوز أكلُه مقدارَ ما لا بد منه.

وأما أكلُ الوليِّ، ففي «حاوي المنية»: «إذا اتَّجَر الوليُّ بمالِ اليتيم، فإن كان ذلك قاطعًا عن عمله ومانعًا من التصرُّف في شُغْله ويمنعه من كَسْبه، ففي قولٍ: له أُجرة العمل، وفي آخر: لا، وإلا لا تجب له الأُجرة بلا خلاف»، انتهى.

وفي «فصول العمادي»: «الأبُ إذا كان محتاجًا: لا بأس أن يأكُلَ من مال اليتيم الصغير على قدر حاجته، وإلا يكون مضمونًا. والوصيُّ ليس له أن يأكل من مال الصغير ولو كان محتاجًا، إلا إذا كان له أجرةٌ في ذلك، فيأكُل بمقدار أُجرته».

[جواز تقديم النية على الشروع في الصلاة والصوم]

(و)من ذلك: (جوازُ تقديم النية على الشُّروع في الصلاة، إذا لم يَفصِل) بينهما (أجنبيٌّ) لم يكُنْ من جنس الصلاة، سوى المَشْي.

---

(١) قال في «التصحيح والترجيح على مختصر القدوري»، قبيل كتاب الطهارة (ص ١٣٤): «فإنه (أي: الإمام قاضي خان) من أحق من يعتمد على تصحيحه».

(٢) «الفتاوى الخيرية»، آخر كتاب الوصايا، مطلب: للوصي أن يأخذ قدر أجر عمله (٢/ ٢٢٥).

(٣) انظر: «الفتاوى الخيرية»، كتاب الوصايا، مطلب: وصي الأب أولى في التصرف (٢/ ٢٢٢).

(و)من ذلك: (جوازُ تقديم النية على الصوم من الليل)، لا قبله، (و)كذا (تأخُّرها)، أي: النية، (عن طُلوعِ الفجر إلى ما قبلَ نصفِ النهارالشرعيِّ) في غير القضاء والنذر المُطلَق والكفَّارات؛ (دفعًا للمَشقَّة عن جنس الصائمِين) فيما سوى المُستثنَياتِ المذكورة؛ (لأن الحائضَ والنُّفَساء تطهُر بعده)، أي: بعد طلوع الفجر، (والكافر يُسلِم) بعده، (والصغير يبلُغ) بعده، فلو لم يجُز تأخيرُها عنه: لزِم أن لا يصِحَّ الصومُ للحائض والكافر والصغير، فتلزمهم المَشقَّةُ بقضاء ذلك اليوم.

وفيه: أن هذا إنما يظهر في الحائض، لا الكافر والصبي؛ إذ «لا يلزمهما قضاءُ ذلك اليوم لو أفطَرا، ولا يلزمُهما صومُه، إلا عند أبي يوسف، فإنه يلزم القضاءُ عليهما لإدراك وقت النية»، كما في «الهداية»[1]. وعند زفر: عليهما الإمساكُ، ولو لم يُمسِكَا: لا شيءَ عليهما، فمن أين يلزمهما المَشقَّةُ بالقضاء حتى تندفِع بجواز التأخير؟ بخلاف الحائض؛ إذ يلزمها قضاؤُه إذا طهُرت بعد الفجر إن أفطَرت، كما يلزمها قضاءُ الأيام السابقة.

كذا قيل، لكن في «التنوير» و«شرحه»: «الحائض والكافر والصبيُّ يُمسِكون بقيَّةَ يومِهم إذا وقع بعد الفجر، ولا يقضِي الكافر والصبيُّ وإن أفطَرا؛ لعدم أهلِيَّتهما في الجزء الأول، وهو السبب في الصوم، لكن لو نوَيا قبلَ الزوال: كان نفلًا، فيُقضَى بالإفساد، «شرنبلالية»[2]»[3].

ولو نوى الحائضُ والنُّفَساء: لم يصِحَّ أصلا؛ للمُنافي في أوَّل الوقت، وهو لا

---

(١) انظر: «الهداية» مع «فتح القدير»، كتاب الصوم، فصل: كان مريضا في رمضان (٢/ ٣٦٤).
(٢) انظر: «حاشية الشرنبلالي على الدرر»، كتاب الصوم، باب موجب الإفساد في الصوم (١/ ٢٠٤ - ٢٠٥).
(٣) «تنوير الأبصار» مع «الدر المختار»، كتاب الصوم، باب ما يفسد الصوم (ص ١٤٧).

يتجزَّأ، فالتخفيف في حقِّ الصبيِّ والكافر ظاهرٌ لعدم وجوب القضاء عليهما. وأما في الحائض، فلا يظهر التخفيفُ في حقِّها، ومثلُها النُّفَساء، انتهى.

[إباحة التحلُّل عن الحجِّ بالإحصار والفَوَات وإباحة رَعْي حشيشِ الحرَم للحاجِّ]

(و)من ذلك: (إباحة التحلُّل عن) إحرام (الحجِّ بالإحصار)، أي: بسبب كون المُحرِم ممنوعًا عن الوصول إلى تمام حَجَّته لعَدُوٍّ، أو مرَضٍ، أو عدم مَحرَمٍ، أو ضَياع نفَقة، (والفوَاتِ)، أي: فوَات الحجِّ بفَوات الوقوف. فإن أُحصِر: بعَث المُفرِد دمًا والقارنُ دمَين، وعيَّن يومَ الذَّبح في الحرَم، ولو قبل يوم النحر، فيتحلَّل بعد ذَبح الشاة المبعوثة، وإن فات الحجُّ: تحلَّل بأفعال العمرة.

(و)من ذلك: (إباحة أبي يوسف[1] رحمه الله تعالى رَعْيَ حشيشِ الحرَم[2] للحاجِّ في الموسم تيسيرًا)على الحاج.

[إباحة لبس الحرير للحكَّة والقتال]

(و)من ذلك: (لُبْس الحرير للحِكَّة)، أي: الجَرَب، وكذا لُبْس الحرير الخالص عندهما، (و)لبس ما لُحمَتُه حريرٌ وسُداه غيرُه عنده (للقتال)؛ لأنه أَهْيبُ للعَدُوِّ وأدفَعُ لمَضرَّة السِّلاح. وأما لُبس ما سُداه حريرٌ ولُحمَتُه غيرُه، فلا بأس به مطلقًا، ولو بلا حائلٍ، لو صفيقًا[3]..........

---

(١) في هامش (ع): (وعندهما: يحرم، وفيه يتصدق بقيمته، ولم يقيده في «المجمع» بالحاج، انتهى).

(٢) في هامش (ع): أي: الرطب. وأما الجافي، فلا شيء فيه، كما في «الشرنبلالية»).

(٣) في هامش (خ): (قوله: لو صفيقا... إلخ. اعلم أن الشارح أساء الصنيع في هذا المقام؛ فإن المصرح به في جميع معتبرات المذهب أنه يحل لبس ما سداه حرير ولحمته غيره مطلقا، أي: =

يحصُل به اتقاءُ العَدُوِّ، فلو رقيقًا: حرُم بالإجماع لعدم الفائدة، «سراج»[1].

«ورُوِي عن أبي حنيفة: إنما يحرُم لبسُ الحرير إذا مسَّ الجلد. قال في «القنية»: وهي رخصةٌ عظيمة في موضع عمَّ به البلوى.

ويُستثنَى من لبسه أعلامُ الثوب، وهي قدرُ أربع أصابع منشورة، وقيل: مضمومة، وقيل: بين بين. وظاهر المذهب عدمُ جَمْع المُتفرِّق ولو في العِمامة، كما في «القنية». وفيها: عِمامةٌ طرازُها قدرُ أربع أصابع من إبريسم من أصابع عمر، وقِيسَ بشِبْرنا: يُرخَّص فيه. وكذا الثوب المنسوج بالذهب يحل إذا كان بهذا المقدار، وإلا لا»، «تنوير»[2].

«وفي «السراج»: العلَم حلالٌ مُطلقًا، صغيرًا كان أو كبيرًا. قال في «المنح»: وهو مخالفٌ لما مر من تقديره بأربع أصابع، وفيه رخصةٌ عظيمة لمن ابتُلِيَ به في زماننا.

وهل يُشترَط في العلم أن يكون في العَرْض، حتى لو كان في الطُّول يُكره؟ فظاهرُ «الهداية» الإطلاق، وجزَم ملا خسرو وصدرُ الشريعة بالأوَّل.

= في الحرب وغيره، بحائل وبدونه. وأما لبس الحرير الخالص، فلا يجوز عند أبي حنيفة، لا في الحرب، ولا في غيره. وعندهما: يجوز في الحرب، بشرط أن يحصل به اتقاء العدو، فلو كان رقيقا: لا يحصل به الاتقاء: لا يحل لبسه لعدم الفائدة. وظاهر «الهداية» جوازه عندهما في الحرب مطلقا، سواء كان يحصل به اتقاء العدو أو كان رقيقا لا يحصل به الاتقاء. وعلم منه أن جواز لبسه للحكة أو للقمل أو للقتال ليس من تخفيفات أبي حنيفة، بل من تخفيفات الصاحبين، ففي كلام المصنف نظر، والله الموفق).

(١) انظر: «الدر المختار»، كتاب الحظر والإباحة (ص ٦٥٤).

(٢) «تنوير الأبصار» مع «الدر المختار»، كتاب الحظر والإباحة (ص ٦٥٣).

ولا بأس بكِلَّة[١] الدِّيباج، وهو الناموسيَّة، وتُكره التِّكَّة[٢] منه على الصحيح، وكذا القَلَنْسُوَة وإن كانت تحت العِمامة، والكِيسُ الذي يُعلَّق.

واختُلف في عَصْب الجَراحة به، أي: بالحرير، «مجتبى». وقيل: له أن يَتزيَّن[٣] بالدِّيباج، ويَتجمَّل بأواني الذهب والفضة بلا تفاخُر، ويحِلّ توسُّدُه وفراشُه والنومُ عليه.

ثم إنه قد علمتَ أن المَدار في الحِلِّ والحُرمة على اللُّحْمَة، فلو خُلِطت اللُّحْمة بإبريسم وغيره: فالعبرةُ للغالب، كذا قيل. وفيه: أن العبرة للُّحْمة، والمذهب أن لا يُجمَع المُتفرِّقُ إلا إذا كان خطٌّ منه قَزًّا وخطٌّ غيرَه، بحيث يُرى كلُّه قَزًّا. وأما إذا كان كلُّ واحد مُستبِينًا، كالطراز في العمامة، فظاهر المذهب أنه لا يُجمَع»، انتهى، «در»[٤].

[إباحة بيع المال الموصوف في الذِّمَّة، كالسَّلَم]

(و)من ذلك: (بيعُ) المال (الموصوف) بكونه (في الذِّمَّة، وذلك) البيع (كالسَّلَم)؛ فإنه بيعُ آجِلٍ معلومٍ[٥] في ملكه وقتَ التسليم[٦] بعاجِل، فهو في الحقيقة بيعُ دَينٍ موصوف بالكَون في الذمة؛ لأن الدَّين معنًى قائم فيها.

---

(١) وهي: ستر رقيق أو غشاء رقيق يُتوقَّى به من البعوض. كذا في «القاموس المحيط»، باب اللام، فصل الكاف (ص ١٠٥٣).

(٢) أي: رباط السراويل. انظر: «القاموس المحيط»، باب الكاف، فصل الحاء (ص ٩٣٥).

(٣) في هامش (خ): (قوله: أن يتزين، أي: باتخاذها في منزله، لا باستعمالها، فإنه حرام بالإجماع، انتهى).

(٤) انظر: «الدر المختار»، كتاب الحظر والإباحة (ص ٦٥٤).

(٥) كذا في (خ). وفي النسخ: (معدوم).

(٦) في هامش (خ): (قوله: وقت التسليم، أي: تسليم المبيع. وهو المسلم فيه، فإنه لا بد من كونه موجودا معلوما وقت تسليمه عند حلول الأجل، وإن كان معدوما وقت العقد، ومعلوم مقداره لفظا، ومعلوميته لفظا لا تنافي عدم وجوده في ملكه وقت عقد السلم. وفي نسخة: «فإنه بيع آجل معدوم في ملكه وقت التسليم»، والظاهر أنها غير صحيحة بالنظر لقوله: «وقت التسليم»، والله أعلم بالحقائق).

(جُوِّز) ذلك (على خلاف القياس)؛ لأن البيع مُبادَلةُ مالٍ بمال، وذا يقتضي كونَ البدَلَين موجودَين، لكنَّا ترَكْناه في السَّلَم بالنص، ودفعًا (لحاجة المَفالِس)، جمعُ مُفلِس، يقال: أفلَس الرجلُ، إذا صار ذا فَلْس، بعد أن كان ذا درهم.

[الاكتفاء برُؤية ظاهر الصُّبْرة ورؤية النَّمُوذَج]

(و)من ذلك: (الاكتفاءُ برُؤية ظاهر الصُّبْرة)، أي: الاكتفاء برُؤية ظاهرِها، وإن لم يَرَها كلَّها، في إسقاط خيار الرُّؤية؛ لعدم تفاوُت آحادِها وتعسُّر رُؤية الجميع. وكذا الحال في كل مَوزون ومَكِيل لا تفاوُتَ بين آحادِها.

وفي «الفتح»: «سقوطُ خيار الرؤية برُؤية البعض[1] إذا كان في وِعاء واحد. وأما إذا كان في وِعائَين أو أكثر: فمَشايخُ العراق على أن رؤية أحدهما كرُؤية الكل، ومشايخُ بلخ: لا يكفي، بل لا بد من رؤية كلِّ وعاء. والصحيح أنه يبطُل برُؤية البعض؛ لأنه يُعرَف حالُ الباقي. هذا إذا ظهر له أن ما في الوِعاء الآخَر مثلُه أو أجْودُ. وأما إذا كان أردأ: فهو على خياره. وإن كان مما يَتفاوَتُ آحادُه، كالبِطِّيخ والرُّمَّان: فلا يكفي رُؤية بعضِها في سقوط خياره في الباقي، ولو قال: رضِيتُ، أو أسقطتُ خياري. وفي شراء الرَّحا بآلاته، والسَّرْج بأداته: لا بد من رؤية الجميع»[2].

والحاصل أن المبيع إما أن يكون شيئًا واحدا أو مُتعدِّدا؛ والثاني إما أن يكون مُتفاوِتَ الآحاد أو لا، وعلامةُ تفاوُتِ الآحاد أن يُعرَض بالنَّمُوذَج، إلا أن يكون الباقي أردأ، فكانت الأقسامُ ثلاثة. فإن كان الأوَّل: فليس رُؤيةُ الجميع شرطًا لبُطلان خيارَ الرُّؤية، وإن كان الثاني، كالثياب والدَّوابِّ: فلا بد من رؤية الكُلِّ، وإن كان الثالث، كالمكيل والموزون والعدَديِّ المُتقارِب: يُكتفَى برُؤية واحدِها.

---

(١) في المكيل.

(٢) «فتح القدير»، كتاب البيوع، باب خيار الرؤية (٦/ ٣٤٣ ـ ٣٤٤).

(و)برُؤية (الأُنْمُوذَج). في «القاموس»: «النَّمُوذَج، بفتح النون: مثالُ الشيء، والأُنْمُوذَج لَحْنٌ»(١)، انتهى، أي: يُكتفَى برُؤية البعض الذي هو مثالُ الباقي، إلا إذا كان الباقي أرْدأ، فله الخيارُ في الكل.

[مَشرُوعيَّة خيار الشرط وخيار نَقْدِ الثمَن]

(و)من ذلك: (مشرُوعِيَّة خيارِ الشرط)، فللمُتبايعَين أو لأحدهما ثلاثةُ أيام فما دونها، (للتروِّي)، أي: التفكُّر في المبيع، وذلك (دَفعًا للنَّدم) بسبَب الغَبْن وغيره.

(و)كذا (مشروعيةُ) خيارِ (نقدِ الثمن)، كأن يشتري على أنه إن لم ينقُد الثمنَ إلى ثلاثة أيام فلا بيعَ بيننا. وقد يكونُ للبائع، كما إذا «باع عبدًا، ونقَد الثمن، وقال البائع: إن لم أَرُدَّ الثمنَ إلى ثلاثٍ فلا بيعَ بيننا(٢)، ويكون بمعنى خيارِ الشرط(٣) للبائع»، «بحر»(٤). وفي هاتين الصورتين إن لم ينقد الثمن المشتري أو لم يرده البائع: فهل ينفسخ البيع أو لا، بل يفسد؟، قيل: يفسد، وقيل: ينفسخ(٥).

(دفعًا للمُمَاطَلة)، أي: لدَفْع تسويف المشتري في الثمن.

[جواز بيع الوفاء]

(ومن هذا القَبيل)، أي: مما جُوِّز للعُسْر والحاجة، (بيعُ الأمانة، المُسمَّى بـ: بيع الوفاء)، مثل أن يقول للمشتري: بعتُ منكَ هذا العين بعينٍ أو بدَينٍ على أني متى ما دفعتُ لك الثمنَ تدفَعُ لي العَين.

---

(١) «القاموس المحيط»، باب الجيم، فصل النون (ص ٢٠٨).

(٢) كان جائزًا.

(٣) في «البحر»: (شرط الخيار).

(٤) «البحر الرائق»، كتاب البيع، باب خيار الشرط (٦/ ٧).

(٥) انظر: «البحر الرائق» (٦/ ٧).

(يُجوِّزُه)، أي: هذا البيع، (مشايخُ بَلْخ وبُخارَى)، والقياس يقتضي فسادَه، (توسعةً) على الناس؛ إذ كثيرًا ما يقع احتياجُهم إلى البيع مع عدم استغنائهم عن البيع.

(وبيانُه)[١]، أي: بيع الوفاء، (في) «البحر» (شرح «الكنز» في باب خيار الشرط)[٢]. قال في «الخانية» بعد ما ذكر أن حكمَه حكمُ الرهن: «والصحيح أن العقد الذي جرَى بينهما إن كان بلفظ البيع: لا يكون رهنًا، ثم يُنظَر: إن ذكَر شرطَ الفسخ فسَد البيع، وإن لم يذكُر ذلك في البيع، وتلفَّظ بلفظِ البيع بشرطِ الوفاء، أو تلفَّظ بالبيع فجائزٌ[٣]. وعندهما: هذا البيع عبارةٌ عن بيع غيرِ لازم، ويلزمه الوفاءُ بالوعد؛ لأن المواعيد قد تكون لازمةً لحاجة الناس»[٤]، انتهى.

وفي «جامع الفصولين»: «تبايَعا بلا ذكر شرطِ الوفاء، ثم شرَطاه: يكون بيعَ الوفاء؛ إذ الشرطُ الفاسدُ اللاحقُ مُلتحِقٌ بأصل العقد عند أبي حنيفة، لا عندهما. ثم قال: هل يشترط[٥] الإلحاق في مجلس العقد أو لا؟ الصحيح أنه لا يشترط»[٦]، انتهى.

ولو ذُكِر الشرطُ في صُلْب العقد أو قبله: يُفسِده.

وهل إذا ادَّعى المشتري المُبارَأةَ بينه وبين البائع بعد ذلك، هل يكون الإبراءُ صحيحًا؟ أجاب في «الخيرية» أنه «لا يصِحُّ هذا الإبراءُ؛ إذ الإبراءُ في ضِمْن عقدٍ

---

(١) في هامش (م): (ويأتي قبل القاعدة السادسة «العادة محكمة»).

(٢) انظر: «البحر الرائق»، كتاب البيع، باب خيار الشرط (٦/ ٨).

(٣) كذا في (ظ). وفي «قاضي خان» وبقية النسخ: (الجائز). ولا يستقيم به المعنى.

(٤) «فتاوى قاضي خان»، كتاب البيوع، باب البيع الفاسد، فصل في الشروط المفسدة (٢/ ١٦٥).

(٥) أي: لصحة الإلحاق.

(٦) «جامع الفصولين»، الفصل الثامن عشر في بيع الوفاء وأحكامه وشرائطه (١/ ١٧١).

فاسدٍ لا يَمنَع صحةَ الدَّعوى؛ لأن العقودَ الفاسدة مَجْراها مَجْرَى الرِّبا، والإبراء عن الرِّبا لا يصِحُّ، فتُسمع الدعوى فيه»(١)، انتهى.

وفي هذا البيع أقوالٌ تسعة، المختارُ منها أنه بيعٌ باطل، وهو رهنٌ، وحكمُه حكم الرهن، هذا هو المختار(٢).

وفي «البحر»: «والقول الجامع لبعض المُحقِّقين أنه بيعٌ فاسد في [حقِّ] بعض الأحكام، حتى ملَك كلٌّ منهما الفسخَ، وصحيحٌ في [حقِّ] بعض الأحكام، كحِلِّ الإنزال ومَنافع البيع، ورهنٌ في حقِّ البعض، حتى لا يَملِك المشتري بيعَه من آخر ولا رهنَه. وينبغي أن لا يُعدَل عن الإفتاء بهذا القول»(٣).

وفي «الشرنبلالية»: «إنَّ ورَثة البيع يقومون مقامَ مُورِّثهم نظرًا لجانب الرهن»(٤)، انتهى.

لكن في «فتاوى ابن الحلبي» أنه إذا مات البائعُ: انقطع حكمُ الشرط بموته؛ لأنه بيعٌ فيه إقالةٌ، وشرطُها بقاءُ المتعاقدَين، ولأنه بمنزلة خيار الشرط، وهو لا يُورث، ولو استأجره بائعُه(٥): لا يلزمه الأجرةُ؛ لأنه رهنٌ حكمًا.

---

(١) انظر: «الفتاوى الخيرية»، كتاب البيوع، باب البيع الفاسد، مطلب: الإبراء العام في ضمن عقد فاسد لا يمنع صحة الدعوى (١/ ٢٣٨).

(٢) انظر: «غمز العيون» (١/ ٢٥٧).

(٣) «البحر الرائق»، كتاب البيع، باب خيار الشرط (٦/ ٩).

(٤) «غنية ذوي الأحكام على درر الحكام» للشرنبلالي، كتاب البيوع، تذنيب لكتاب البيع، بيع الوفاء (٢/ ٢٠٧).

(٥) كذا في النسخ.

«وفي «فتاوى ابن الحلبي»: إن صدَرت الإجارةُ بعد[١] قبض المشتري المبيعَ وفاءً: فهي صحيحةٌ، والأجرة لازمةٌ مُدَّة التواجر. فعليه: لو مضَت المُدَّة، وبقِيت في يده: أفتى علماء[٢] الرُّوم بلُزوم أجر المثل. ولو باعه المشتري: فللبائع أو لوَرثته حقُّ استرداده»، «در»[٣].

و «صحَّ بيعُ الوفاء استحسانًا في العَقار، واختُلف في المنقول»، «دُرَر»[٤].

فعليه: لا يحِلُّ لكُلِّ واحد من البائع والمشتري وطءُ الأمَة المُشتَراة وفاءً؛ لتعلُّق حقِّ كلِّ واحد فيها، فصار كالأمَة المُشتَركة، وحِلُّ الوطءِ يستدعي المِلكَ من كلِّ وجه، وكذا إذا اشتراها فاسدًا، وقبَضها بإذن البائع: ثبتت أحكامُ المِلك كلها، إلا أنه لا يحِلُّ له الوطءُ، ويضمَن عُقْرَها بالوطء، وكذا لا يحِلُّ الأكلُ ولا اللُّبْسُ ولا الشُّفعة للشفيع إذا كان المبيعُ عقارًا.

ولو اختلف المُتبايِعان في البَتات والوفاء: فالقولُ للبائع، أي: لمُدَّعِي الوفاء؛ لأن المشتري يدَّعِي انقطاعَ حقِّ البائع من كل وجه، والبائعُ يُنكِر، من «الدر»[٥] وغيره.

وفي «فتاوى التمرتاشي»: «يجوز الانتفاعُ للمبيع وفاءً بما سوى البيع، ويثبت الملكُ للمشتري في زوائد المبيع، ولا يُغرَّم لو استهلكَها[٦]»[٧].

---

(١) في النسخ: (قبل). والمثبت من (خ)، وقد أصلحه فيه من راجعه. وهو موافق لما في «الدر».
(٢) كذا في «الدر المختار». وفي النسخ: (علامة).
(٣) انظر: «الدر المختار»، كتاب البيوع، باب الصرف (ص ٤٤٩).
(٤) «درر الحكام»، كتاب البيوع، تذنيب لكتاب البيع، بيع الوفاء (٢/ ٢٠٨).
(٥) انظر: «الدر المختار»، كتاب البيوع، باب الصرف (ص ٤٤٩).
(٦) أي: الزوائد.
(٧) «فتاوى التمرتاشي»، كتاب البيع (١/ ٤٠٣).

وفي «فتاوى الخير الرملي»: «ولو آجَر المبيعَ وفاءً قبل القبض: لا يصِحُّ؛ لأنه إن كان بيعًا فاسدا: فلا تصِحُّ الإجارةُ ولا يلزمه شيءٌ، كذلك لو كان رهنًا، وفي البيع الجائز لا تجوز الإجارةُ قبل القبض، ولا تجب الأُجرة، فما ظنُّك بالفاسد؟»[١].

وهو مخالفٌ[٢] لما نقلناه آنفًا عن «الدر»، تأمَّل. وجعل فيها أيضًا القول لمُدَّعِي البَتات[٣]، وهو المُوافِقُ لما نقلناه. وفيها: «لو آجَر لغير البائع: فالأُجرة للمشتري، كما في الرهن الأُجرة للمُرتهن، ويتصدَّق بالأُجرة إذا آجَر بدون إذن الراهن»[٤].

[جواز الردِّ بخَيار الغَبْن الفاحش وبخيار العَيب]

(و)من ذلك: (إفتاءُ المُتأخِّرين)، كالإمام أبي علي النسفي، وأبي اليُسر، وأبي بكر الرازي، والسبذموني، (بالرد)، وكذا الاسترداد، (بخيار الغَبْن الفاحش)، وهو ما لا يدخُل تحت تقويم المُقوِّمين، وإلا فيسيرٌ، (إما مُطلقًا)، أي: بلا شرط غُرور، كما أشار إليه الإمام محمد في الصُّلح، (أو إذا كان فيه غُرور) على ما اختاره أبو اليسر ومن ذُكِر بعده، وهو أنه لا يُحكَم بالردِّ إلا إذا وُجِد الغُرور، وهو الصحيح، كما في «مختصر الظهيرية».

وإنما أفتَوا به (رحمةً على المشتري) إذا كان التغريرُ من جهة البائع، أو رحمةً

---

(١) انظر: «الفتاوى الخيرية»، كتاب البيوع، مطلب في استئجار البائع المبيع من مشتريه (١/ ٢٢٦).

(٢) في هامش (خ): (قوله: وهو مخالف. انظر وجه المخالفة، ولعله على ما حرفه من لفظ «قبل» بدل لفظ «بعد»، كما أصلحناه سابقا. فعلى ما أصلحنا: لا مخالفة؛ لأن الحكم بفسادة الإجارة إذا كان قبل قبض المشتري المبيع، والحكم بصحتها إذا وقعت بعد القبض، وهو ما مر. وبالجملة، فهذا الشرح يحتاج لتحرير في مواضع كثيرة مهمة، انتهى).

(٣) انظر: «الفتاوى الخيرية»، كتاب البيوع، مطلب في اشتجار البائع المبيع من مشتريه (١/ ٢٢٧).

(٤) انظر: «الفتاوى الخيرية»، كتاب البيوع، مطلب: إذا باع حصة في دار (١/ ٢٢٧).

على البائع بجواز الاسترداد إذا كان التغريرُ من جهة المشتري، كأن يقول البائعُ للمُشتري: قيمتُه كذا فبِعْه، فظهر أنه أقلُّ من ذلك: يُحكَم أنه غرَّه، وإن لم يقُلْ ذلك: فلا، وبه أفتى الصدر الشهيد. وإذا غرَّه الدَّلَّالُ: فله الردُّ، كما في «التمرتاشي».

وإذا مات من له الردُّ بذلك، هل ينتقِل للوارث ويَملِكُ الردَّ به بوجهه الشرعي، كما في خيار العيب؟ أفتى تلميذُ المُصنِّف التمرتاشيُّ والعلامة عليُّ بن غانم المقدسي بعدم الانتقال للوارث، وأنه كخَيار الرُّؤية والشَّرط؛ لأنه مُجرَّدُ إرادةٍ ومَشيئة، فلا يُتصوَّر انتقالُه إلى الوارث[1].

لكن في «الدر المختار»[2] بعد نقله عن صاحب «التنوير» ما ذكر قال: «لكن ذكَر في «شرح منظومته الفقهية» ما يُخالفه، ومالَ إلى أنه يُورَث كخيار العيب. ونقله عنه ابنُه في «مَعُونة المفتي» في كتاب الفرائض، وأيَّده بما في بحث الملك من «الأشباه» أن الوارث يَرُدُّ بالعيب، ويصير مغرورا، بخلاف الوَصِيِّ، فتأمل. وقدَّمنا عن «الخانية» أنه متى عايَن ما يُعرَف بالعَيان انتفَى الغرَرُ[3]»[4]، انتهى.

وتصرُّفه في المبيع قبل علمه بالغَبْن غيرُ مانع من الردِّ، فيَرُدُّ مثلَ ما أتلَفه ويرجع بكل الثمن، «در»[5]. قال: «ولو كان قِيمِيًّا: لم أرَه»[6].

وفي «الخيرية»: «وإذا فُسِخ البيعُ بحكم الغَبْن فما جدَّده المشتري من البناء،

---

(١) «فتاوى التمرتاشي» (١/ ٤١٦).

(٢) أي: من باب المرابحة. كذا في (خ).

(٣) «فتاوى قاضي خان»، كتاب البيوع، باب البيع الفاسد، فصل في الشروط المفسدة (٢/ ١٥٩).

(٤) «الدر المختار»، كتاب البيوع، باب المرابحة والتولية (ص ٤٢٦ ـ ٤٢٧).

(٥) «الدر المختار» (ص ٤٢٦).

(٦) «الدر المختار» (ص ٤٢٦).

إن كان بآلاتٍ هي ملكُه: يَملِك النقض، وإن بنقض البناء الأول: فليس له نقضُه. وإن زاد المشتري في ذلك زيادةً: أُعطِي قيمةَ الزيادة من غير إعطاءِ أجر العامل، وما هدَمه المشتري من بناء الدار: يضمن حصةَ البناء، ونقضُه لمالكه إن كان قائما، وإن استهلكه: يضمن قيمتَه»[1]، انتهى.

وإذا تعارَضت بيِّنةُ الغَبْن وبيِّنةُ العدل: فبيِّنةُ الغبن، وهو الراجِحُ الذي عليه الأكثر.

(ومنه)، أي: من ذلك القَبيل، (الردُّ بالعَيب)، أي: إذا وجَد بمَشرِيِّه عيبًا، وهو ما أوجب نقصانَ الثمن عند التُّجَّار: ردَّه أو أخَذه بكل الثمن، لا بنُقصان الثمن، إلا إذا رضِي بائعُه.

(و)كذا (التحالُف)، كما لو اختلفا في قدر المَبيع، أوالثمن، أو فيهما، وعجزا عن البُرهان، ولم يرضَ أحدُهما بدعوى الآخر: تَحالَفا، فيَفسَخ القاضي البيعَ بطلبِ أحدهما. وفيه إشارةٌ إلى أنه لا تحالُفَ في البيع الذي كان فيه خيارُ العيب أو الرُّؤية أو الشرط، كما في «الخلاصة»[2]؛ لأن من له الخيارُ مُتمكِّنٌ من الفسخ.

[مشروعية عُقود الانتفاع بمِلك الغير، وعقودِ الاستيفاء والاستيثاق والصُّلح والتوكيل]

(و)كذا (الإقالةُ، والحَوالة، والرَّهْن، والضَّمان، والإبراءُ، والقرضُ، والشَّرِكة، والصُّلح، والحَجْر، والوكالة، والإجارة، والمُزارعة والمُساقاة على قولهما)، مُتعلِّق

(١) انظر: «الفتاوى الخيرية»، كتاب الوصايا، مطلب: إذا ادعى اليتيم أن بيع الوصي كان بالغبن الفاحش (٢/ ٢١٧).

(٢) انظر: «خلاصة الفتاوى»، كتاب البيوع، الفصل الحادي عشر في الاختلاف (٣/ ٨٦).

بـ «المُزارعة والمساقاة»، (المُفتَى به للحاجة)، تعليلٌ لـ «المُفتَى به»، (والمُضارَبة، والعارِيَّة، والوديعة).

فهـذه ثمانية عشر أمـرًا، في عدم مشـروعيَّة[1] كلٍّ منها عُسْـرٌ علـى الناس، كما أشـار إليه بقوله:

(للمَشقَّة العظيمة في أن كلَّ أحدٍ لا يَنتفِع إلا بما هو مِلْكُه)، ولا ينتفع بما هو لغيره بالاستئجار، أو الاستعارة، أو الاستقراض، **(ولا يَستوفي إلا ممَّن عليه حقُّه)**، فلا يستوفي من المُحتالِ عليه، ولا من الكفيل بالمال، **(ولا يَستوثِق على حقِّه بشيء)** من الرهن والكفالة، **(ولا يأخُذ حقَّه إلا بكماله)**، فلا يترك بعضَه بالصُّلح، ولا كلُّه بالإبراء، **(ولا يَتعاطَى أُمورَه إلا بنفسِه)**، ولا يستعين بغيره بالتوكيل، والإيداع، والشركة، والمُضاربة، والمُزارعة، والمساقاة.

(فسهَّل الأمرَ بإباحة الانتفاع بمِلك الغير بطريق الإجارة والإعارة والقرض). هذا ناظرٌ إلى قوله: «لا يَنتفِع إلا بما هو مِلكُه».

واعتُرض عليه أن الانتفاع بالقرض ليس انتفاعًا بمِلك الغير، بل بملكِ نفسه؛ لأن المُستقرِض يملك القرضَ ثم ينتفِع به؛ لأن القرض وُضِع لتمليك العين.

ويُجاب بأن ليس مرادُه بالانتفاع بملكِ الغير الانتفاعَ به وهو في ملك الغير حينَ الانتفاع، بل مرادُه بالانتفاع[2] بما ملكه[3] الغيرُ، سواء كان في ملكه وقتَ الانتفاع به أو لا، على أن الاستقراض بنفسه انتفاعٌ بالقرض، وهو في وقت الاستقراض ملكُ الغير، أي: المُقرِض.

---

(١) في هامش (خ): (قوله: في عدم مشروعية... إلخ، أي: فشرعت لإزالة العسر وإثبات اليسر، انتهى).
(٢) كذا في النسخ. ولعل الصواب: (الانتفاع).
(٣) في (ع): (هو ملك).

(وبـ)إباحة (الاستعانة بالغير، وكالةً، وإيداعًا، وشركةً، ومُضارَبةً، ومُساقاةً) ومزارعة. هذا ناظرٌ إلى قوله: «ولا يَتعاطى أمورَه إلا بنفسه»، ففيه لفٌّ ونَشْرٌ مُشوَّش.

(وبـ)إباحة (الاستيفاء من غير المديون، حوالةً)، وكفالةً بالمال، ناظر إلى قوله: «ولا يستوفي إلا ممَّن عليه حقُّه».

(وبـ)إباحة (التوثُّق على الدَّين برَهْن، أو كفيلٍ) ولو (بالنفس)، ناظر إلى قوله: «ولا يَستوثِق... إلخ».

(وبـ)إباحة (إسقاطِ بعضِ الدَّين صُلْحًا، وبـ)إسقاطِ (كُلِّه إبراءً)، ناظر إلى قوله: «لا يأخُذ حقَّه إلا بكماله».

ووجه مشروعيَّته من طرَف المُنكِر ما قاله: (ولحاجة افتداءِ اليمين جوَّزنا الصُّلحَ عن إنكار).

ولكن بقِي أن المُصنِّف رحمه الله ذكَر وجهَ مشروعية ما لم يذكُره في مقدار الأمور الشرعية إجمالا، كالكفالة، وترَك وجهَ مشروعية بعضِ ما ذكَر في الإجمال، كالردِّ بالعيب، والتحالُف، والإقالة، والضمان، والحَجْر. فلو أدرج الكفالةَ في الإجمال، وألحَق المَشاقَّ المذكورة بقوله: «وللمشقة العظيمة في أن كلَّ بَيْعٍ لا يقبل الفسخَ والردَّ، وأن كلَّ ذي حقٍّ لا يأخُذ إلا عينَ حقِّه، وأن كلَّ تصرُّفٍ ينفُذ ولو من غير أهله»، ثم ذكَر في بيان ارتفاع المشاقِّ المذكورة قولَه: «وسهَّل الأمر بجواز الفسخِ بالعيب، والتحالُف، والإقالة بِرِضَا العاقدَين، وبجواز أخذِ مثل حقِّه أو قيمته إذا هلك بطريق الضمان، وبعدم نَفاذ التصرُّف من غير أهله بطريق الحَجْر»: لكان أتمَّ وألطَف.

لكن في «التلويح» في أوَاخِر فصل الرُّخصة والعزيمة: «أن الله تعالى قدَّر لهذا

النظام المَنُوطِ بنَوع الإنسان بقاءً إلى قيام الساعة، وهو مبنيٌّ على حفظ الأشخاص؛ إذ بها بقاءُ النوع الإنساني، والإنسانُ ـ لفَرَطِ اعتدال مِزاجه ـ يفتقِر في البقاء إلى أُمور صِناعِيَّة في الغذاء واللِّباس والمَسْكن، وذلك يفتقر إلى مُعَاوَنة ومُشارَكة بين أفراد [النوع]، ثم يحتاج للتوالُد والتناسُل إلى ازدِواج(١) بين الذُّكُور والإناث وقيام بالمصالح، وكل ذلك يفتقر إلى أصول كُلِّيَّة مُقرَّرة [من عند الشارع](٢)، بها يُحفَظ العَدْل والنظام بينهم في باب المُناكَحات المُتعلِّقة ببقَاء النوع، والمُبايَعات المُتعلِّقة ببقاء الشخص؛ إذ كلُّ واحد يَشتهِي ما يُلائِمُه، ويَغضَب ممَّن يُزاحِمُه، فيَقَعُ الجَوْرُ، ويَختَلُّ أمرُ النظام، ولهذا السبب شُرعت المُعاملات»(٣)، انتهى.

(ولفَقْدِ ما شُرعت الإجارةُ لأجله)، وهو دفعُ الحاجة للمَشقَّة في أن كلَّ أحدٍ لا ينتفِع إلا بما هو ملكُه، (لو جعَل المنافعَ أُجرةً عند اتحاد الجنس)، ظرفٌ لـ «الفَقْدِ»، أي: اتحاد جنس المنفعة، كما في مُعاوَضة الثِّيران بالثيران، بخلاف مُختلِف الجنس، كالثَّور بالحِمار، فيجوز؛ إذ كلُّ واحد من المستأجِرَين محتاجٌ لما استأجَره.

واللامُ في قوله: «لفَقْدِ»، متعلِّقٌ بقوله: (قلنا: لا تجوز) الإجارة.

(وقلنا) أيضًا: (الإجارةُ على مَنفعة غيرِ مقصودةٍ من العين لا تجوز؛ للاستغناء عنها بالعاريَّة)؛ لِقِلَّة الاحتياج إليها، (كما عُلِم) عدمُ جواز تلك الإجارة (في إجارة «البزَّازية»). قال فيها: «استأجَر ثيابًا ليَبسُطَها في بيته، ولا يَجلِس عليها ولا يَنام، أو

---

(١) في النسخ: (ازواج). والمثبت من «التلويح».
(٢) في النسخ: (بينَ المشايخ). والمثبت من «التلويح»، وهو الصواب.
(٣) «التلويح على التوضيح»، القسم الثاني في الحكم، باب في الحكم، القسم الثاني من الحكم (٢/ ٢٨٨).

دابَّةً ليَربِطَها في فنائه، ويظُنَّ الناسُ أنها له، أو ليجعَلها جَنِيبَةً[١] بين يدَيه: لا يجوز؛ لأنه منفعةٌ غيرُ مقصودة»[٢]، انتهى، يعني: غير مقصودة من العقد، وكلُّ عقدٍ ينعقِدُ على منفعةٍ غير مقصودةٍ فهو فاسِدٌ، ولا أجرَ له.

[جواز العُقود الجائزة ولزومُ اللازِمة]

(ومن التخفيف: جوازُ العُقود الجائزة) الغيرِ اللازمة، القابِلة للفسخ عند الحاجة إليه، وذلك الجوازُ إما من الطرفَين، كما في الشركة والوكالة والمُضاربة وغيرها، أو من أحد الطرفَين، كما في المُزارعة، فإنها جائزةٌ من طرف ربِّ البَذْر، لازِمةٌ من طرف المُزارِع؛ (لأن لُزومَها)، أي: تلك العقود، (شاقٌّ يكون سببًا لعدم تعاطيها)؛ خوفًا من الجَبْر عليها.

(و)من التخفيف أيضًا: (لُزوم) العُقود (اللازمة)، إما من الطرفَين، كالبيع الخالي عن الخِيارات، أو من أحد الطرفَين، كما في المثال السابق، (وإلا)، وإن لم يلزَمْ عقدٌ أصلا: (لم يَستقِرَّ بيعٌ ولا غيرُه) من العقود اللازمة، فيَختَلُّ أمرُ المَعاش. وتفاصيلُ العقود الجائزة واللازمة سيأتي في فنِّ الجَمْع والفَرْق.

[عزلُ الوكيل والقاضي وصاحبِ الوظيفة موقوفٌ على علمه]

(و)من ذلك: (وَقَفْنا عَزْلَ الوكيل)، أي: جَعَلْنا عزلَه موقوفًا، (على علمه)، أي: الوكيل، حتى إذا لم يبلُغْه خبرُ العزل فهو على وكالته، وتصرُّفه نافذٌ على المُوكِّل، حتى يعلَم بإخبار عَدْلٍ أو اثنين؛ (دفعًا للحرَج عنه)، أي: الوكيل؛ إذ لو لم يَتوقَّف لنَفَذَت تصرُّفاتُه عليه، فيَتضرَّر به.

---

(١) «الفتاوى البزازية»، كتاب الإجارات، الفصل الثاني في صفتها، مسائل الشيوع (٥/ ٣٠).

(٢) أي: مُنقادة.

(وكذا القاضي) لا ينعزِل ما لم يبلُغه الخبرُ، وإن عزَله السُّلطان. وعن أبي يوسف: أنه لا ينعزِل، وإن علِم بعَزْله، ما لم يُقلَّدْ مكانَه غيرُه؛ صيانةً لحقوق الناس، واعتبَره بإمام الجمعة.

(وكذا صاحب الوظيفة) لا ينعزِل، كالمُدرِّس، ما لم يصِلْ إليه خبرُ عزلِه، ويُقيِّدْه القاضي بسِجِلِّه، فيَستحِقُّ الوظيفةَ إلى أن يُقيِّدَه القاضي بالسِّجِلِّ، كلُّ ذلك دفعًا للحرَج عنهم. ومقتضاه أن صاحب الوظيفة يعزل بلا جنحة. وفي «البحر» وغيره: «وليس للسلطان ولا لغيره أن يرفع رجلا عن وظيفة بغير جُنحة»[1]. وفي «الفصولين»: «ولو عزَله: لا ينعزل»[2]، وهو الذي ينبغي اعتمادُه؛ لأن الوظائف حقوقٌ مُحتَرمة، «خير الدين»[3].

[إباحة النظر للطبيب والشاهِد والخاطِب والسيِّد]

(ومنه)، أي: ما هو من هذا القَبيل، (إباحةُ النظر للطبيب) إلى المريض بقدر الضرورة، (و)إباحة النظر (للشاهِد) إلى المشهود عليها، وكذا القاضي يُباح له للحكم، (و)إباحة النظر (للخاطِب) إلى المخطوبة عند الخِطبة، (و)إباحة النظر (للسيِّد إلى أمَته) التي تحِلُّ له، لا إلى التي لا تحِلُّ له، «كالمجُوسية، والوَثَنية، والمُزوَّجة، والمُكاتَبة، والمُشتَركة؛ لأنهُنَّ كالأجنبيات»، «قهستاني»[4]. وقول الحموي: «اللهم إلا أن يراد بالسيِّد: مُريدُ شراءِ الأمة؛ فإنه

---

(١) انظر: «البحر الرائق»، كتاب الوقف، جعل الواقف غلة الوقف لنفسه أو جعل الولاية إليه (٥/ ٢٤٥).

(٢) انظر: «جامع الفصولين»، الفصل الأول في القضاء وما يتصل به (١/ ١٧).

(٣) انظر: «الفتاوى الخيرية»، كتاب الوقف، مطلب: لا يجوز عزل صاحب وظيفة بغير جنحة (١/ ١٥١).

(٤) «جامع الرموز»، كتاب الكراهية (٢/ ٣٠٧).

يُباح له النظرُ إليها وإن لم يأمن الشهوةَ، وأطلق عليه السيِّد وعليها الأمة[١] باعتبار ما يؤُول»[٢]: بعيد.

وأيضا يُباح النظرُ للمشتري وإن لم يَشتَرِ، كما هو عند الخِطبة.

«وكلُّ ما حلَّ نظرُه حلَّ مسُّه، إلا من أجنبية»، «تنوير»[٣]، فيحِلُّ لمسُ ما حلَّ نظرُه إذا أمِن الشهوةَ عليه وعليها؛ لأنه عليه الصلاة والسلام كان يُقبِّلُ رأسَ فاطمة[٤]؛ وإن لم يأمن ذلك أو شكَّ: فلا، ومتى جاز المسُّ والنظرُ: جاز سفرُه بها والخَلوةُ بها.

وفي «الشرنبلالية»: «ولا يُكلِّم الأجنبيَّةَ إلا عَجُوزًا، عطَست أو سلَّمت»[٥]، انتهى.

«وكلُّ عُضو لا يجوز له النظرُ قبل الانفصال: فكذا بعده»، «تنوير»[٦].

«والخَصِيُّ والمجبوب والمُخنَّث[٧] كالفَحْل»، «تنوير»[٨].

---

(١) في هامش (خ): (قوله: وعليها الأمة. الأولى: وعليها أمته، بالإضافة. وهذه الجملة ليست في عبارة «الحموي»، ومشطوبة في بعض نسخ هذا الشرح).

(٢) غمز العيون (١/ ٢٥٩).

(٣) «تنوير الأبصار» مع «الدر المختار»، كتاب الحظر والإباحة (ص ٦٥٥).

(٤) كذا في «الدر المختار» (ص ٦٥٥). وفي النسخ: (عائشة)، ولا يتم به الاستدلال.

(٥) انظر: «غنية ذوي الحكام على درر الحكام»، كتاب الكراهية والاستحسان، فصل عورة الرجل والمرأة (١/ ٣١٤).

(٦) «تنوير الأبصار» مع «الدر المختار»، كتاب الحظر والإباحة (ص ٦٥٦).

(٧) في النظر إلى الأجنبية.

(٨) «تنوير الأبصار» مع «الدر المختار»، كتاب الحظر والإباحة (ص ٦٥٦).

[جواز النكاح من غير نظَرٍ إلى المخطوبة، وعدمُ خيار الرُّؤية فيه]

(ومنه)، أي: ما هو من هذا القَبيل، (جوازُ النكاح من غير نظَر إلى المخطوبة؛ لما في اشتراطه)، أي: النظر إليها، (من المَشقَّة التي لا يتحمَّلُها كثيرٌ من الناس في بَناتِهم وأَخَوَاتِهم من نظَرِ كلِّ خاطِب، فناسَب التيسيرُ، فلم يكُن فيه)، أي: النكاح، (خيارُ رُؤية، بخلاف البيع، فإنه) وإن كان (يصِحُّ قبل الرُّؤية)، ولكن له (الخيارُ عند الرُّؤية لعدم المَشقَّة) على البائع في ذلك.

[صيغة الأمر إيجابٌ في النكاح دون البيع]

(ومن ثمَّة)، أي: من أجل المَشقَّة في النكاح دون البيع، (قلنا: الأمر)، كـ«زوِّجْني بنتَك»، (إيجابٌ في النكاح)[١]، حتى لو قال الوليُّ بعده: زوَّجتُكَها، تمَّ النكاحُ، و«لو لم يكُنْ إيجابًا[٢]: لكان للزوج أن يرجِع، فيَلحَق الوليَّ عارٌ بذلك، فيَتضرَّرُ به»، كذا في «الزيلعي»[٣]، (بخلاف البيع)، فإنه لا يكون الأمرُ إيجابًا.

والفرق بينهما أن قوله: زوِّجْني، توكيلٌ وإنابة، وقوله: زوَّجتُكَ، امتثالٌ لأمره، فهو قائمٌ مقامَ الطرفَين، بخلافه في البيع؛ لأن الواحد يتولَّى طرفَي العقد في النكاح دون البيع، فيكون قولُه: بِعْني، طلبًا مَحضًا.

وفي كون «زوِّجْني» إيجابًا في النكاح اعترَضه في «الدُّرَر» بأن قوله: زوِّجْني،

(١) في هامش (ع): (اختُلف في أن الأمر إيجاب في النكاح أو توكيل؛ ذهب إلى الأول صاحب «الخانية» و«الخلاصة»، وإلى الثاني صاحب «الهداية»، وإليه ذهب صاحب «التنوير» في متنه، والعلامة خسرو في «درر»، واعترض).

(٢) في النسخ هنا زيادة قوله: (وبقول الولي يتم النكاح)، وليس في «التبيين»، ولا تنسجم مع العبارة.

(٣) «تبيين الحقائق»، كتاب النكاح، شروط النكاح وأركانه (٢/ ٩٦)

توكيلٌ، وليس بإيجاب، والتوكيلُ غيرُ الإيجاب، فتوجيهُ كونِه للإيجاب بكونه توكيلا فاسِدٌ[١].

ويُجاب: بأنه إن أراد أنه توكيلٌ قصدًا فممنوعٌ[٢]. كيف؟ ولو كان كذلك: لما اقتصَر على المجلس، مع أنه مقصودٌ عليه. وإن أراد أنه توكيلٌ في ضِمْن الأمر بالتزويج: فمُسلَّم، ولا ينبغي أن يكون للإيجاب قصدًا.

والحاصل أن الشرع جعَله للإيجاب قصدًا في النكاح، وللتوكيل ضمنًا، بخلاف البيع.

وكذا لفظُ المُضارِع إيجابٌ في النكاح، لا في البيع. فلو قال: أتزوَّجُكِ على كذا، وقالت: فعَلتُ، انعقَد النكاح. ولو قال البائع: أَبِيعُ، وقال المشتري: اشتَريتُ، لا ينعقد ما لم يقُل البائعُ بعده: بِعتُ، أو قبِلتُ.

وبقِي مما يكون الأمرُ فيه إيجابًا: الخُلْع. وفي «الخانية» تفصيلٌ، قال: «إذا أمَر الرجلُ امرأته بالخُلع فهو على أربعة أوجُه: إما أن يقول: اخلَعِي بألفِ درهم، أو على ألف درهم، أو يقول: اخلَعِي نفسَكِ بمالٍ، ولم يُسمِّ المالَ ولم يُقدِّرْه، أو يقول: اخلَعِي نفسَكِ بغير شيء، أو يقول: اخلَعِي نفسَكِ، ولم يَزِدْ على ذلك.

ففي الصورة الأُولى: لو خلَعَتْ نفسَها، ولم يقُل الزوجُ بعد ذلك: خلَعتُ، فالمُختار أنه يَتِمُّ؛ بناءً على أن الواحد يتولَّى طرفَي الخُلعَ إذا كان البدلُ مقدارًا معلوما، وتصير المرأةُ وكيلةً من جانب الزوج.

وفي الصورة الثانية: لو قالت المرأةُ: خلعتُ نفسي على كذا، ففي ظاهر الرواية

---

(١) انظر: «درر الحكام»، كتاب النكاح، ما ينعقد به النكاح (١/ ٣٢٧).

(٢) كذا في (ظ)، وهو الصواب. وفي النسخ: (فمسلم). وقد صححه في نسخة (خ) إلى: (فغير مسلم).

أنه لا يَتِمُّ الخلعُ ما لم يقُل الزوجُ بعد ذلك: خلَعتُ، وفي رواية محمد بن سماعة عن محمد: أنه يتِمُّ وإن لم يقُل ذلك.

وفي الصورة الثالثة: لو قالت: خلَعتُ، يتِمُّ بقَولها.

وفي الرابعة: ذكر شيخ الإسلام أنه يتِمُّ بقَول المرأة: خلَعتُ، وقيل: إنه بمنزلة قوله: اخلَعِي نفسَكِ بمالٍ، وقيل: بمنزلة: اخلَعِي نفسَكِ بغير شيء، وقيل: لا يكُون خُلعًا»[1]، انتهى مُلخَّصًا.

وفي العتق: فلو قال: اشتَرِ نفسَكَ مِنِّي بكذا، فقال: فعَلتُ، عتَق.

وفي الهبة: فلو قال: هَبْ لي ذا العبدَ، فلو قال: وهبتُ، تمَّ.

وفي الإبراء: فلو قال لصاحب الدين: أبرِئْني، فقال: أبرَأْتُكَ، يتِمُّ.

والكفالة: فلو قال: اكفِلْ نفسَ فلان لفلان، فقال: فعلتُ، تمَّ. ولو كان غائبًا وأجاز: جاز.

[جواز النكاح بلا وليٍّ، وبغير عدالة الشُّهود، وبالشُّروط الفاسدة]

(ومن ههُنا)، أي: من أجل التيسير، (وسَّع الأمرَ فيه)، أي: النكاح، (أبو حنيفة، فجوَّزه)، أي: نكاحَ الحُرَّة المُكلَّفة، (بلا وليٍّ)، خلافًا للشافعي.

(و)جوَّزه أيضًا (من غير عَدالة الشُّهود)، خلافًا له أيضًا.

(ولم يفسُدْ العقدُ) عنده (بالشُّروط المُفسِدة)، يعني: المُعلَّقة بـ «على». وأما بـ «إن» فمُفسِدٌ؛ لما في «الخانية»: «قال: تزوَّجتُكِ على كذا إن رضِي أبي، وأجاز،

---

(١) «فتاوى قاضي خان»، كتاب الطلاق، باب الخلع (١/ ٥٣١).

فقالت: فعَلتُ[1]، لا يصِحُّ؛ لأنه تعليقٌ، والنكاح لا يَحتمِل التعليقَ»[2].

ولو قال: تزوَّجتُكِ على أن تُعطِيني عبدَكِ، فأجابَتْه بالنكاح: انعقَد مُوجِبًا لمهر مثلِها عليه، ولا شيءَ له من العبد، خلافًا للشافعي.

[ينعقِد النكاحُ بكُلِّ ما يُفيد مِلكَ العين للحال]

(ولم يَخُصَّه) أبو حنيفة (بلفظ النكاح، و) لا بلفظِ (التزويج)، خلافًا له أيضًا، (بل قال) أبو حنيفة: (ينعقِدُ) النكاحُ (بما يُفيد ملكَ العين للحال[3])، مثل الهبة، والعَطِيَّة، والصَّدقة، والتمليك، والجُعْل، والبيع، والشراء.

وكذا بلفظ السَّلَم إن جعَلها رأسَ مالِ السَّلَم، وإن جعلها مُسلَمًا فيه: ففيه خلافٌ[4].

---

(١) كذا في النسخ. وفي «الخانية»: (قبلت).

(٢) «فتاوى قاضي خان»، كتاب النكاح، الفصل الأول في الألفاظ التي ينعقد بها النكاح (١/ ٣٢٧).

(٣) في هامش (ع): (واعترض قولهم بانعقاده في كل ما يفيد ملك العين للحال بلفظ الشركة، فإنه لا ينعقد به النكاح مع كونه لتمليك العين للحال. وأجيب بانعقاده به كتزويجه نصلها، فإنه يصح، كما في «المحيط». لكن الأصح أنه لا يصح، كما في «الخانية» معللا باجتماع المبيح والمحرم، فيغلب الحرام، تأمل. واعلم أن لا ينعقد بالوصية إذا أطلق، وأما إذا أضاف إلى الآن، كـ: أوصيت لك ببنتي الآن، يصح، كما قيده بذلك الكرخي وارتضاه في «الفتح». وهل ينعقد بالإقرار، كما لو قالت: هو زوجي؟ المختار لا، وقيل: نعم. وفي «الدرر» تبعا لـ«الخانية» اختيار التفصيل، فإن أقر بعقد ماض ولم بينهما عقد: لا يكون نكاحا، وإن أقرت المرأة أنه زوجها وأقر أنها زوجته: ينعقد، ويتضمن إقرارهما إنشاء النكاح بينهما، انتهى).

(٤) في هامش (ع) و(خ): (قيل: لا ينعقد؛ لأن السلَم في الحيوان لا يصح، وقيل: ينعقد؛ لأنه يثبُت به ملكُ الرَّقَبة. والسلَّم في الحيوان ينعقد، ولو اتصَل به القبضُ: يُملَك فاسدًا، وليس كلُّ ما يُفِيد الحقيقيَّ للفظِ يُفيد المَجازيَّ، واختاره في «الفتح». وانعقادُه بلفظ الهبة إذا طلَب الرجلُ منها =

والحاصل أن كلَّ ما يفيد ملكَ الرَّقَبة للحال يصِحُّ أن يكون مجازًا عن ملك المُتْعة[١]، بخلاف ما لا يفيد ذلك[٢]، كالإجارة، فإنها تمليكُ المنفعة، وهي لا تكون سببًا لملك المُتعة بحالٍ.

وكذا الإباحةُ والإحلال والتمتُّع؛ لأنها لا تُوجِب الملك.

وكذا الوصية؛ لأنها لا توجب الملكَ بنفسها، بل تُوجِب الخلافةَ مُضافةً إلى ما بعد الموت.

وكذا الإقالة، والخُلع، والكتابة، والفداء، والإبراء، والإجازةُ ـ بالزاي ـ.

= النكاحَ، وإلا فلو طلَب منها التمكينَ من الوطء، فقالت: وهبتُ نفسي، لا يكون نكاحًا، «تلويح». وهل تنعقِد بالصَّرْف؟ فيه روايتان، ويَترجَّح انعقادُه به، «بحر». وفي القرض أيضًا روايتان، أصحُّهما عدمُ الانعقاد، «ولوالجية» و«كشف». وفي «الصيرفية»: الأصحُّ الانعقاد. وله ألفاظٌ ينعقِد بها، منها: كُوني امرأتي بكذا، فقالت: كنتُ، انعقَد. ولو قالت: أكونُ زوجتَكَ، فقال: نعم، لا. لو وقالت: عرَّستُكَ نفسي، فقال الزوج: قبِلتُ، انعقَد. وكذا ينعقِد بلفظ المُرَاجعة. وشرَط في «الخانية» ذِكْرَ المال، وفي «التجنيس» ذِكْرَ المال أو نيةَ الزوج. وكذا «ينعقد بقوله: ارفَعْها واذهَبْ بها حيث شئتَ»، «خانية»، وجزَم في «الظهيرية» بعدم الانعقاد. وكذا ينعقد لو خطَب ابنةَ رجل، فقال أبوها: ملَّكتُكَ. أما الإجارة، فلا ينعقِد على الصحيح. أما إذا جعلته المرأةُ أجرة فتنعقد؛ لأنها تفيد ملكَ العين للحال، «منح»).

(١) في هامش (ع): (من إطلاق اسم السبب على المُسبَّب، فينعقِد بها النكاح).

(٢) في هامش (خ): (قوله: بخلاف ما لا يفيد ذلك... إلخ. فيكون من إطلاق اسم المسبب على السبب، وهو غير صحيح كما قرر في الأصول، ما لم تكن السببية من الطرفين، انتهى. كذا بهامش نسخة من نسخ هذا الشرح. وحاصله أن المقرر في علم الأصول أن استعارة السبب للمسبب جائزة مطلقا، وعكسه لا يجوز إلا بشرط الاختصاص من الجانبين، ولذا صح التجوز بلفظ العتق عن الطلاق دون عكسه، انتهى).

ولا يصِحُّ بلفظ التجويز، إلا إن اتفق قومٌ على هذه اللفظة، وصارَت عندهم مُستعمَلة في النكاح، فينعقد بها، وبه أفتى أبو السعود، «منح».

أفتى تلميذُ المُصنِّف التمرتاشي بعدم انعقاده بهذا اللفظ؛ لأنه ليس بينه وبين ملك المُتعة اتصالٌ ليصِحَّ استعمالُه فيه مجازا؛ إذا التجويز مصدرُ «جوَّز الفقيهُ كذا» إذا قال بحِلِّه، أو مصدرٌ بمعنى المُرور، وليس في واحد من هذَين المعنيَين علاقةُ[1] المجاز.

[تصحيح النكاح بحضور ابني العاقدين، ونائمين، وسكارى]

(وصحَّحه)، أي: أبو حنيفة النكاحَ، (بحُضور ابنَي العاقِدَين)، أو ابنَي أحدِهما، وسَماعِهما كلامَ العاقدَين، وإن لم يظهَر النكاحُ بشهادتهما عند دعوى أحدِهما، حتى لو نكَحها بحُضور ابنَي الزوج والزوجة، أو ابنَي أحدِهما، أو ادَّعت المرأةُ المهرَ عند القاضي، وشهِد ابنُ الزوج له: لا تُقبَل، وكذا إن شهِد ابنُها لها.

قيل: ولم نظفَر بخلافٍ فيه حتى يكون في سِلْك ما وسَّعه أبو حنيفة.

(و)بحُضور (نائمَين). قال الزيلعيُّ: «ولو عقد بحضرة نائمين: جاز على الأصح»[2]، انتهى. «قال الكمال[3]: ولقد أبعد عن الفقه وصُرف عن الحكمة الشرعية من جوَّزه بحضرة نائمَين»، كذا في «البحر»[4].

---

(١) في (ظ): (ما يصلح علاقة). وهو موافق لما في «غمز العيون» (١/ ٢٦١).

(٢) «تبيين الحقائق»، كتاب النكاح، شروط النكاح وأركانه (٢/ ٩٩).

(٣) في النسخ كلها: (ابن الكمال)، والمثبت من «البحر»، وهو الصحيح؛ فإن «ابن الكمال» هو ابن كمال باشا. والمراد هنا ابن الهمام صاحب «فتح القدير».

(٤) «البحر الرائق»، كتاب النكاح (٣/ ٩٤). وانظر: «فتح القدير»، كتاب النكاح (٣/ ٢٠٣ ـ ٢٠٤).

وفي «التنوير» و«شرحه»: «وشُرِط حضورُ حُرَّين، مُكلَّفَين، سامِعَين معًا قولَهما، فاهِمَين»(١). «وقيل: الشرطُ حضورُ الشاهدَين، لا سماعُهما، والصحيح الأوَّل»، كما جزَم به ملا خسرو(٢).

وفي «الخانية»: «وعامَّة المشايخ شرَطوا السماع، والقائلُ بعدمه القاضي الإمام علي السُّغْدي»(٣).

قال في «البحر»: «فقولُ الزيلعي: ينعقد بحضرة النائمين على الأصحِّ، ولا ينعقد بحضور الأصمَّين على المُختار، ضعيفٌ. والأصحُّ عدمُ الانعقاد فيهما؛ لعدم السَّماع»(٤).

واشتَرط ملا خسرو سَماعَ الشاهدَين معًا، فلو سمِعا مُتفرِّقا لا يجوز، ولو اتَّحد المجلسُ. فلو كان أحدُهما أصمَّ، فسمِع الآخَرُ، ولم يسمَعْ الأصمُّ حتى صاحَ صاحبُه في أذُنه أو غيرُه: لا يجوز النكاحُ حتى يكون السماع معًا(٥).

ولا بد أن يكونا فاهِمَين، فلو عقد بحضرة هِنْدِيَّين: لم يَفهَما كلامَهما: لا ينعقد، وصحَّحه في «الجوهرة»(٦)، واختاره في «الخانية»(٧).

لكن في «الخلاصة»: «الأصحُّ أنه ينعقد»(٨)، انتهى.

---

(١) «تنوير الأبصار» مع «الدر المختار»، كتاب النكاح (ص ١٧٨).
(٢) «درر الحكام»، كتاب النكاح (١/ ٣٢٩).
(٣) انظر: «فتاوى قاضي خان»، كتاب النكاح، فصل في شرائط النكاح (١/ ٣٣٢).
(٤) «البحر الرائق»، كتاب النكاح (٣/ ٩٤).
(٥) انظر: «درر الحكام»، كتاب النكاح (١/ ٣٢٩).
(٦) «الجوهرة النيرة»، كتاب النكاح (٢/ ٣).
(٧) «فتاوى قاضي خان»، كتاب النكاح، فصل في شرائط النكاح (١/ ٣٣٢). وذكر في رواية عن محمد اشتراط عدم إمكان التعبير لما سمعا.
(٨) «خلاصة الفتاوى»، كتاب النكاح، الفصل السادس في الشهود (٢/ ١٤ ـ ١٥).

وشُرِط أيضًا علمُ الشاهدَين بالمنكوحة. فلو زوَّج بنتَه، وله بنتان: لا يصِحُّ، إلا إذا كان له بنتٌ مُتزوِّجة، فيَنصرف للفارِغة، «شيخنا»[1] عن «الحانوتي».

لكن في «الدر المنتقى»: «وأشار إلى أنه لا يُشترط معرفتُهما للمرأة، ولا رُؤيةُ وجهِها، فلو سمِع صوتَها من بيتٍ لم يكن فيه غيرُها: صحَّ»[2]، انتهى.

(و)كذا بحُضور (سُكَارَى) إذا كانوا بحيث (يذكُرونه بعد الصَّحْو) من السُّكر. قال الزيلعي: «وبحضرة سُكَارى، إذا فهِموا، وإن لم يذكُروا بعد الصَّحْو»[3]، انتهى. فالمُناسب في مقام التوسيع ذكرُ هذه الرواية. وفي «النهر» عن «الفتح»: «والذي أَدِينُ الله به: نَفْيَ شهادة السُّكَارى، وإن كانوا بحيث يذكرونها [بعد الصَّحْو][4]»[5]، انتهى.

[تصحيح النكاح بعِبارة النساء وشهادتِهِنَّ]

(و)صحَّحه أيضًا (بعِبارة النساء)، فلو زوَّجَت نفسَها، وهي حُرَّةٌ عاقِلةٌ، أو وكَّلت غيرَها، أو توكَّلت به: جاز عندنا، خلافًا للشافعي.

(وجوَّز) أبو حنيفة (شهادتَهُنَّ فيه)، أي: النكاح، يعني: مع رجل، (فانعقد النكاحُ) (بشهادة رجلٍ وامرأتين)، خلافًا للشافعي.

فلو زوَّج ابنتَه البالغةَ بمَحضَر شاهِدٍ واحد: جاز إن كانت ابنتُه حاضِرةً، وإلا لا؛ لأنها إذا حضَرت صارت كأنَّها عاقِدةٌ، والأبُ شاهد.

---

(١) «عمدة الناظر» لأبي السعود (ل/ ١٥٢/ ب). وقد نقله عن «النهر»، لا «الحانوتي».

(٢) «الدر المنتقى»، كتاب النكاح، قبيل باب المحرمات (١/ ٤٧٣).

(٣) «تبيين الحقائق»، كتاب النكاح، شروط النكاح وأركانه (٢/ ٩٩).

(٤) ما بين المعقوفتين من «النهر» و«الفتح».

(٥) «النهر الفائق»، كتاب النكاح (٢/ ١٨٢). وانظر: «فتح القدير»، كتاب النكاح (٣/ ٢٠١).

ولو أذِن لعبده أن يَتزوَّج، فتزوَّجَ بشهادة المَولى ورجلٍ آخر: جاز؛ لأن العبد يَتصرَّف بأهلية نفسِه، والإذنُ فكُّ الحَجْر، وليس بتوكيل.

ولو زوَّج عبدَه البالغَ بحضرته مع رجل واحدٍ: صحَّ؛ لأن المولى يخرُج عن أن يكون مُباشِرًا، فيَنتقِل إلى العبد، والمولى يصلُح أن يكون شاهدًا. وقيل: لا يصح، ورجَّحه في «الفتح»[(١)].

ثم إنه إذا وقَع التجاحُد بين الزَّوجَين في هذه المسائل، فللمُباشِر أن يَشهَد، وتُقبَل شهادتُه إذا لم يُبيِّن أنه عقَده، بل قال: هذه امرأتُه بعقدٍ صحيح. واختلفوا فيما لو قال: هذه امرأتُه، ولم يشهَد بالعقد، والصوابُ الصِّحَّة، «منح»[(٢)].

[قيل: عجِبتُ لحنَفِيٍّ كيف يَزْني؟!]

(كلُّ ذلك) المذكور إنما شُرِع (دَفعًا لمَشقَّة الزِّنا وما يترتَّب عليه) من العُقوبات الدُّنيوية والأُخرَوية. (ومن هُنا)، أي: من أجل توسُّع أبي حنيفة في النكاح، (قيل: عجِبتُ لحَنفِيٍّ كيف يزني؟) أي: يرتكِبُ فَظاعةَ الزِّنا، مع إمكان التوصُّل بتلك الطُّرُق اليسيرة في مذهبه، فإن ذلك أمرٌ عجيبٌ، يدلُّ عن بُعدِ فاعله عن سَاحة الدِّيانة.

[إباحة التزوُّج بأربَع نِسْوة]

(ومنه)، أي: مما شُرِع تيسيرًا، (إباحةُ تزوُّج أربعِ نِسْوة، ولم يُقتصَر على تزوُّج واحدةٍ؛ تيسيرًا على الرجُل)؛ إذ قد يَتعسَّر عليه الاكتفاءُ بواحدة، (و)تيسيرًا على (النساء أيضًا؛ لكَثرتهِنَّ)، فلو اقتصر على الواحدة: لم يُوجَد للأُخرى زوجٌ.

(ولم يزد التزوُّج على أربعٍ لما فيه)، أي: تزوُّج الزائد، (من المَشقَّة على الزَّوجَين

---

(١) انظر: «فتح القدير»، كتاب النكاح (٣/ ٢٠٦ـ ٢٠٧).

(٢) من قوله: (فلو زوج)، إلى قوله: («منح»)، ليس في (م) و(ح) و(ظ).

في القَسْم)، أما على الزوج، فلأنَّ رعاية حقِّ الخمسة أشقُّ من رعاية الأربع. وأما على الزوجة، فلزيادة تأخُّر حقِّها فيه، (وغيره)، أي: القسم، من النفقة، والسُّكنى، والمُعاشَرة معهُنَّ، والتحمُّل على ألَمِ الغَيرة على الزوج مع كل واحدةٍ منهن.

[مَشرُوعِيَّة الطلاق والخُلْع والافتداء والرَّجعة والإيلاء]

(ومنه)، أي: مما شُرع تيسيرًا، (مَشرُوعِيَّة الطلاق). ويُفيد هذا أن إيقاعه مباحٌ، وإن كان مبغوضا في الأصل، وهو قول عامَّة المشايخ. وقيل: إنه لا يباح إلا لضرورة، ككِبَرِ سِنٍّ أو رِيبة؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «لعَن الله[1] كلَّ ذوَّاق مِطلاق»[2]، ورجَّحه في «الفتح»[3].

وفي «المنح»: هذا مبنيٌّ على قول ضعيف، وليس هو المذهب عند علمائنا، كما صرَّح به مولانا في «بحره»[4]؛ لأنه ﷺ طلق حفصة[5]، ولم يكن بها كِبَرُ سِنٍّ ولا رِيبةٌ، وكذا الصحابة.

---

(١) في هامش (خ): (قوله: لعن الله. يحمل على الطرد عن منازل الأبرار، فلا يدل على على الحظر، بل لما تركه أولى من فعله، تأمل).

(٢) لم أجده بهذا اللفظ. وقال السخاوي في «المقاصد الحسنة» (ص ٢١٠): «حديث: إن الله يكره الرجل المطلاق الذواق، لا أعرفه كذلك». ويشهد لمعناه ما رواه ابن أبي شيبة في «مصنفه» برقم (١٩٥٣٦)، من قوله ﷺ: «إن الله لا يحب كل ذواق من الرجال، ولا كل ذواقة من النساء»، وما رواه الطبراني في «المعجم الأوسط»، برقم ٠٧٨٤٨)، عن أبي موسى الأشعري، قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تطلقوا النساء إلا من ريبة؛ فإن الله لا يحب الذواقين ولا الذواقات».

(٣) قال في «فتح القدير»، كتاب الطلاق (٣/ ٤٦٥): «والأصل حظره، إلا لحاجة».

(٤) رواه أبو داود في «سنن»، كتاب الطلاق، باب في كراهية الطلاق، برقم (٢١٧٨).

(٥) رواه أبو داود في «سننه»، كتاب الطلاق، باب في المراجعة، برقم (٢٢٨٣)، والنسائي في «السنن الكبرى»، كتاب الطلاق، باب الرجعة، برقم (٥٧٢٣).

وأما حديث: «أبغضُ الحلال إلى الله الطلاقُ»(١)، فالمراد بالحلال: ما ليس تركُه بلازم، فيَشمل المُباحَ والواجبَ والمندوب، وليس المرادُ ما استوى فعلُه وتركُه، حتى يتنافَى مع المَبغُوضِيَّة؛ لترجيحها(٢) التَّركَ على الفعل، واقتضائه(٣) المُساواة، «منح».

«فيُستحَبُّ لو مُؤذِيةً أو تارِكةَ صلاةٍ»، «غاية». ومَفادُه: أن لا إثْمَ بمُعاشرة تارِكة الصلاة. ويجب لو فات الإمساكُ بمعروف، ويحرُم لو بِدعِيًّا»، «در(٤)»(٥).

(لما في البقاء على الزوجية من المَشقَّة عند التنافُر) بينهما وعدم الأُلْفة.

(وكذا مشروعيةُ الخُلع)، أي: إنقاذُ نفسِها بمالٍ من زوجها، (والافتداء)، عطفُ تفسير؛ لأنهم اختلفوا في تعريفه، فقيل: هو الفَصْل عن النكاح، وقيل: أن تفتدِي المرأةُ نفسَها بمالٍ ليَخلَعها به، وقيل: إزالة ملكِ النكاح ببدَلٍ بلفظ الخُلْع وما في معناه، والحقُّ هو الوسَط. لكن في «الملتقى» عبَّر عنه بـ «قيل»، واختار الأوَّل(٦).

ولا بأس به عند الحاجة، ولا بأس بأخذ أكثر مما أعطاها إن نشَزت، وقيل: يُكرَه تحريمًا، وقيل: تنزيهًا. وإن نشَز كُرِه له أخذُ شيء، «ملتقى»(٧).

---

(١) انظر: «البحر الرائق»، كتاب الطلاق (٣/ ٢٥٤).

(٢) أي: المبغوضية.

(٣) أي: الحلال.

(٤) في النسخ: («در منتقى»). وليس هذا النص فيه، وإنما هو في «الدر المختار».

(٥) «الدر المختار»، كتاب الطلاق (ص ٢٠٥).

(٦) انظر: «الملتقى» مع «مجمع الأنهر»، كتاب الطلاق، باب الخلع (٢/ ١٠١).

(٧) «الملتقى» مع «مجمع الأنهر» (٢/ ١٠١ ـ ١٠٢).

(و)كذا مشروعية (الرَّجْعة) في الطلاق الرَّجعيِّ (في العِدَّة)، لا بعدها، (قبل) وقوع الطلقات (الثلاث)؛ إذ لا رجعةَ بعدها.

(ولم يُشرَع) الطلاقُ (دائمًا[١])، أي: بعد الثلاث؛ لما فيه من المَشقَّة على الزوجة.

(ومنه)، أي: مما شُرِع تيسيرًا، (وقوعُ الطلاق) البائن (على المُولي)، أي: الحالِف على ترك قُربان زوجته أربعةَ أشهُر فصاعدًا، (بمُضِيِّ أربعةِ أشهُر) بلا قُربان (دفعًا للضرَر عنها)، أي: الزوجة، من تأخُّر حقِّها عن الزوج[٢]. وفيه إشارةٌ إلى أن الواقع بالإيلاء بائنٌ، وإلا لم يكن دافعًا للضرر.

---

(١) في هامش (خ): (قول المصنف: «ولم يشرع دائما»، كان الأولى تقديمه على قوله: «وكذا مشروعية الخلع». وكذا قوله: «لما فيه من المشقة»؛ لأنه تعليل لعدم مشروعية الطلاق على الدوام، أي: إن الطلاق لم يشرع دائما، بل بقيد وجود الحاجة، وهو مبني على أنه محظور إلا لحاجة، وهو ما صححه في «الفتح»، فلا يباح إلا لضرورة كبر سن أو ريبة، وتقدم ضعفه، وأن الاعتماد على إباحته مطلقا، ولو لغير حاجة. وقوله: «لما فيه من المشقة على الزوجة»، أي: بالمفارقة بعد كمال الائتلاف والازدواج، ولا محل لذكره هنا كما قدمنا؛ لأنه يوهم كون المشروعية على الدوام المعلل بما ذكر أنه بالنسبة للخلع وما بعده، مع أنه لا يصح. أما عدم الصحة بالنسبة للرجعة فظاهر، وكذا بالنسبة للخلع والافتداء؛ إذ لا بد من رضاها، فلا مشقة عليها حينئذ، خصوصا إذا كان الحاصل لها على ذلك التخلص من أذاه، فكان الحاصل لها بالخلع دفع المشقة، لا المشقة، فكان الصواب للمصنف تقديم هذا التعليل مع معلوله على قوله: «وكذا مشروعية الخلع... إلخ»، انظر «حاشية أبي السعود»، وكلام هذا الشارح، أعني قوله: «أي: بعد الثلاث»، غير صحيح؛ لأنه خروج عن موضوع الكلام، وخلاف المقصود، فحرره، والله أعلم).

(٢) في هامش (خ): (قوله: من تأخر حقها عن الزوج. لا معنى لهذا الكلام، والذي قاله العلماء أن في وقوع البائن تخلصا لها من الظلم، ولا سبيل له إلى رجعتها؛ لأنها ملكت نفسها، وزالت سلطنته عليها، فهو جزاء لظلمه، فلو ادعى الوطء بعد مضي المدة لم يقبل إلا ببرهان).

[مشروعية الكفَّارة في الظِّهار واليمين، والتخيير في كفارة اليمين]

(ومنه)، أي: مما شُرِع تيسيرًا، (مشروعيةُ الكفَّارة في الظِّهار وفي اليمين بعد الحنث؛ تيسيرًا على المُكلَّفين)؛ إذ لو لم تُشرَع لم يثبُت الحِلُّ في الأوَّل، ولا يمكن تدارُكُ الحِنْث في الثاني.

(و)كذا (التخيير) بين عِتق الرَّقبة، وإطعام عشرةِ مساكين، أو كسوتِهم، (في كفَّارة اليمين؛ لتكرُّره)، أي: اليمين مع الحنث، فناسَب التيسيرُ بالتخيير، (بخلاف بقية الكفَّارات)، من كفَّارة الظِّهار، والصَّوم، والقتل، حيث لا تخييرَ فيها، بل الانتقال من نوع إلى آخر مُقيَّدٌ بعدم الاستطاعة؛ (لنُدْرة وُقوعها)، أي: تلك الكفَّارات، بسبب قِلَّة مُوجِباتِها.

[مشروعيةُ التخيير في نَذْر مُعلَّق بشرط]

(و)من هذا القبيل أيضًا، (مشروعيَّة التخيير في نَذر مُعلَّقٍ بشرط، لا يُراد كونُه)، أي: وجوده، كإن كان الشرطُ أمرًا حرامًا، كـ «إن زنيتُ[1] مثلا فعليَّ حَجَّة»، (بين كفَّارة اليمين والوفاءِ بالنذر) عند وجود ذلك الشرط، (على ما عليه الفتوى).

(وإليه)، أي: القول بالتخيير المذكور، (رجع الإمامُ) عن ظاهر الرواية عنه، وهو القول بلُزوم الوفاء بعَين المنذور، سواء كان النذرُ مُنجَّزًا، كقوله: لله عليَّ صومُ شهر؛ أو مُعلَّقًا بشرط يريده، كقوله: إن قدِم غائبي فلله عليَّ صومُ شهر؛ أو بشرطٍ لا يريده، كقوله: إن زَنَيتُ فلله عليَّ صومُ شهر، وقد وُجِد الشرط فيهما.

وكان رجوعُه إلى التخيير في المُعلَّق بشرطٍ لا يريده (قبلَ وفاتِه) رحمه الله

---

(١) في هامش (خ): (قوله: كإن زنيت، أي: والحال أن غرضه منع نفسه عن الزنا، فيكون حينئذ بمعنى اليمين، فيتخير).

(بسبعة أيام). رُوي عن عبد العزيز بن خالد الترمذي، قال: خرجتُ حاجًّا، فلما دخلتُ الكوفة قرأتُ كتابَ النذر والكفَّارات على أبي حنيفة، فلما انتهيتُ إلى هذه المسألة قال: قِفْ، فإنَّ من رأيي أن أرجِعَ، فلما رجعتُ من الحجِّ إذا أبو حنيفة قد تُوفِّي، فأخبَرني الوليد بن أبَان أنه رجع قبل موته بسبعة أيام، وقال: يتخيَّر.

وهذا في المُعلَّق بشرطٍ مطلقًا، سواء كان يريده أو لا يريده[١]. وبهذا كان يُفتِي إسماعيل الزاهدُ ومشايخُ بلخ وبُخارى، وهو اختيارُ شمس الأئمة، قال: «لكثرة البَلوى في هذا الزمان»[٢].

واختار صاحبُ «الهداية» والمُحقِّقون أن المراد بالشرط الذي تُجزِئ معه الكفَّارةُ الشرطُ الذي لا يريد كونَه[٣].

والذي تحرَّر في هذه المسألة أن مَن نذَر مطلقًا، أو مُعلَّقًا بشرط يريدُه أو لا يريدُه، فعليه الوفاءُ بما سمَّى من المنذور، ولا تنفعُه كفَّارةُ اليمين، ثم رجع عنه إلى القول بالتخيير مطلقًا بين الكفارة والوفاء بالنذر المُسمَّى في المُعلَّق بالشرط مطلقًا، وبه أخذ الإمام محمدٌ، وأفتَى به الزاهدُ. وقال مشايخُنا: هذا إذا كان شرطًا لا يُراد كونُه؛ توفيقًا بين حديثَي: «مَن نذَر وسمَّى فعليه الوفاء»[٤]، و«كفَّارةُ النذر كفَّارة

---

(١) اختلط الأمر على الشارح هنا، كما نبه عليه المحقق شهاب الدين. فليراجع: «رد المحتار» (٣/ ٧٣٨) و«منحة الخالق» (٤/ ٣٢٠).

(٢) «المبسوط»، كتاب الأيمان (٨/ ١٣٦).

(٣) انظر: «الهداية» مع «فتح القدير»، كتاب الأيمان، باب ما يكون يمينا، فصل في الكفارة (٥/ ٩٣).

(٤) قال الزيلعي في «نصب الراية» (٣/ ٣٠٠): «غريب»، ثم ذكر في وجوب الوفاء بالنذر أحاديث، منها: ما رواه البخاري في «صحيحه»، كتاب الاعتكاف، باب الاعتكاف ليلا، برقم (٢٠٤٣)، عن ابن عمر، أن عمر نذر في الجاهلية أن يعتكف في المسجد الحرام، فقال له رسول الله ﷺ: «أوفِ بنَذْرِك».

اليمين»(١). فحمَلوا الأوّلَ على النذر المُرسَل والمُعلَّقِ بشرطٍ يُرادُ كونُه، والثاني على المُعلَّق بشرطٍ لا يراد.

وهذا الذي اعتمده المُصنِّف هنا، وقال: «على ما عليه الفتوى»، واعتمد في «البحر» التخييرَ مطلقًا، على ما أفتى به الزاهد، وقال: «الفتوى على التخيير مطلقا»(٢).

فقوله: «وإليه رجَع الإمام»، ليس على ما ينبغي؛ لأن المرجوعَ عنه المُعلَّقُ بالشرط مطلقًا ـ ولكن في «الملتقى» و«التنوير» تصحيحُ التفصيل(٣)، وفي «شرحَيهما»: «وهو الصحيحُ رواية ودراية، وهو المذهب»(٤)؛ لأنه يمينٌ بمُوجَبه، نذرٌ بصيغته، تأمَّل ـ لا عن المُعلَّق بشرطٍ لا يُراد كونُه.

---

(١) رواه مسلم في «صحيحه»، كتاب النذر، باب في كفارة النذر، برقم (١٦٤٥).

(٢) «البحر الرائق»، كتاب الأيمان (٤/ ٣٢١). قال ابن عابدين في «رد المحتار» (٣/ ٧٣٨): «أما ما توهمه في «البحر» من القول الثالث، وهو التخيير مطلقا، وأنه المفتى به، فلا أصل له».

(٣) انظر: «ملتقى الأبحر» مع «مجمع الأنهر»، كتاب الأيمان، أواخر فصل في حروف القسم (٢/ ٢٧٥)، و«تنوير الأبصار» مع «الدر المختار»، كتاب الأيمان (ص ٢٨٤).
وهذا الذي أخذ به الإمام محمد، وأفتى به «الزاهد، ومشايخ بلخ، وبعض مشايخ بخاري، واختاره شمس الأئمة، والقاضي المروزي، وقال في «البزازية»: وعليه الفتوى...، وكذا اختاره الصدر الشهيد...، وكذا صححه الزيلعي»، كما في «منحة الخالق» (٤/ ٣٢٠)، «ومشى عليه أصحاب المتون، كـ«المختار»، و«المجمع»، و«مختصر النقاية»، و«الملتقى»، وغيرها»، كما في «رد المحتار» (٣/ ٧٣٨).

(٤) انظر: «ملتقى الأبحر» مع «مجمع الأنهر»، كتاب الأيمان، فصل في حروف القسم (٢/ ٢٧٥)، و«تنوير الأبصار» مع «الدر المختار»، كتاب الأيمان (ص ٢٨٤).

[مشروعية الكتابة للتخلُّص من الرِّقِّ، وعدم إبطالها بالشُّروط الفاسدة]

(ومنه: مشروعية الكتابة ليتخلَّص العبدُ من دَوَام الرِّقِّ؛ لما فيه)، أي: دَوَام الرِّقِّ، (من العُسر عليه، ولم نُبطِلها)، أي: الكتابة، (بالشُّروط الفاسِدة). قال الزيلعي: «لكنَّ الكتابةَ إنما لا تفسُد بالشرط المُفسِد إذا كان الشرطُ غيرَ داخِل في صُلْب العقد، بأن كاتَبه على أن لا يخرُجَ من البلد، أو على أن لا يُعامِل فلانًا، أو على أن يعمَل في نوع من التجارة، فإن الكتابة على هذا الشرط تصِحُّ، ويبطُل الشرط. وأما إذا كان الشرطُ داخلا في صُلب العقد، بأن كان في نفس البدل، كأن كاتَبه على خَمْر أو خنزير ونحوهما: فإنها تفسد به»[1]، انتهى. فإن أدَّى الخمرَ أو الخنزير: عتق، وسعَى في قيمته، «كنز»[2].

(توسعةً على العبد) في التخلُّص عن الرق.

[مشروعية الوصية بحيث لا تضُرُّ بالوَرَثة]

(ومنه: مشروعيةُ الوصية عند الموت، ليَتدارَك الإنسانُ ما فرَّط منه)، أي: قصَّر فيه من الفرائض والواجبات (في حال حياته، وفسَح له)، أي: للميت في الوصية، (إلى الثُّلُث)، أي: ثلث مالِه، (دون ما زاد عليه؛ دفعًا للضَّرَر عن الوَرَثة، حتى أجَزْناها)، أي: الوصية، (بالجميع)، أي: جميع ماله، (عند عدم الوارث)، خلافا للشافعي، فإنه يقول: ثُلُثاه لبيت المال عند عدمه.

(وأوقَفْناها على إجازة بقِيَّة الورَثة) بعد موته، فإن أجازُوا في حياته فلهم الرُّجوع، «مسكين»[3]، (إذا كانت) الوصيةُ (لوارِثٍ)[4]؛ دفعًا لتأذِّيهم بإيثار بعضِهم.

---

(١) «تبيين الحقائق»، كتاب البيوع، باب البيع الفاسد (٤/ ١٣٤).

(٢) انظر: «كنز الدقائق»، كتاب المكاتب (ص ٥٥٩).

(٣) «فتح المعين» (٣/ ٥٢٩).

(٤) في هامش (ع): (قوله: لوارث، أي: بالفعل، لا بالقوة، والمعتبر في كونه وارثا أو غير وارث عند الموت، لا عند الوصية، «مسكين»).

[إبقاء التَّرِكة على ملك المَيِّت]

(وأبقَينا التَّرِكةَ على ملك المَيِّت حُكمًا حتى تُقضَى حوائجُه) من التجهيز والتكفين وأداء الدُّيون (منها)، أي: من التركة، (رحمةً عليه)، أي: الميت.

[جوازُ الوصية بالمعدوم]

(ووَسَّعْنا الأمرَ في الوصية، فجوَّزناها بالمعدوم) الذي يُستحَقُّ بغير الوصية من العقود، كغَلَّة زَرْعه، وثَمَرةِ بُستانِه؛ فإنهما يُستحَقَّان بالمُزَارعَة والمُساقاة. وأما الذي لا يُستحَقُّ بغيرها من العقود، فلا تصِحُّ الوصيةُ بها، كالصُّوف الغير الموجود على ظَهْر الغنم، واللَّبَن المعدوم في الضَّرْع، والولد المعدوم في البطن.

وفي «الزيلعي»: «مسائلُ هذا الباب على وُجوه ثلاثة:

منها: ما يقع على الموجود والمعدوم، ذكَر الأبَد أو لم يذكُر، كالوصية بالخدمة، والسُّكنى، والغَلَّة، والثَّمَرة إذا لم يكن في البستان شيء من الثمرة عند موته[1].

ومنها: ما يقع على الموجود دون المعدوم، ذكَر الأبَد أو لم يذكر، كالوصية باللَّبَن في الضَّرع، والصُّوف على الظَّهر، والولَد في البطن.

ومنها: ما يقع على الموجود والمعدوم إن ذكَر الأبد، وإلا فعلى الموجود فقط، كالوصية بثمرة بستانه وفيه ثمر»[2]، انتهى.

---

(١) في هامش (ع): (قال شيخنا: الصواب حذف قوله: إذا لم يكن في البستان شيء من الثمرة... إلخ؛ لما قالوا من أن الوصية بالغلة يستحق الموجود والمعدوم، سواء كان ذكر الأبد أو لا، انتهى. والغلة كل ما يحصل من ريع الأرض وكرائها وأجرة الغلام ونحو ذلك. قلت: وظاهره يفيد دخول ثمن الحور(؟)، ولم أره الآن صريحا، فليحرر، «در منتقى». السقي والخراج وما فيه صلاح البستان على صاحب الغلة؛ لأنه هو المنتفع بالبستان، فصار كالنفقة، «شيخنا»).

(٢) «تبيين الحقائق»، كتاب الوصايا، باب الوصية بالخدمة والسكنى والثمرة (٦/ ٢٠٣).

(ولم نُبطِلها)، أي: الوصية، (بالشُّروط الفاسِدة)؛ لأن الشروط الفاسدة من باب الرِّبا، وهو يختَصُّ بالمُبادَلة، والوصيَّة ليست منها.

[إسقاط الإثم عن الأئمة المجتهدين في الخطأ الاجتهادي، والاكتفاء بالظنِّ]

(ومنه)، أي: مما شُرِع تيسيرًا، (إسقاطُ الإِثْم عن) الأئمَّة (المُجتهِدين) في اجتهادهم (الخَطأ، والتيسيرُ عليهم)، بالرَّفع، عطفٌ على «الإسقاط»، (بالاكتفاء بالظنِّ) فيما اجتَهدوا فيه، (ولو كُلِّفُوا بالأخذ باليقين: لشَقَّ) عليهم الأمرُ، (وعسُر عليهم الوُصولُ إليه)، أي: اليقين.

[صحةُ تولية الفاسق القضاءَ، وعدمُ عَزْلِه إن فسَق بعد التولية]

(ووسَّع أبو حنيفة في باب تولية القضاء والشَّهاداتِ تيسيرًا) في أُمور الناس، (فصَحَّ توليةُ الفاسِقِ القضاءَ)، لكن «يجب أن لا يُولَّى، كالشاهد الفاسِق تصِحُّ شهادتُه، ويجب أن لا تُقبَل»، «ملتقى»[1].

(وقال أبو حنيفة رحمه الله: إنَّ فِسْقَه)، أي: القاضي العَدْل، ولو بالرَّشوة، (لا يَعزِلُه، وإنما يَستحِقُّه)، أي: العزل، وهذا هو الصحيح، وهو ظاهرُ المذهب.

[مطلب: لو أخَذ القضاءَ برَشوة، أو ارتشَى في القضاء]

ولو أخَذ القضاءَ بالرَّشوة، أو قضَى فيما ارتشَى، نقل في «الخانية» الإجماعَ على أنه لا ينفُذ قضاؤُه فيما ارتشى[2]، ونقل في «العِماديَّة» خلافًا فيه. وينفُذ فيما سواه، وهو اختيارُ شمس الأئمة. وقيل: ينفُذ فيهما، ورجَّحه في «الفتح» بأن قضاءَه بحقٍّ مع الرَّشوة يقتضِي فسقَه، والفسقُ لا يُوجِب العَزْل، فوِلايتُه وقضاؤُه بحقٍّ، فلِمَ

(١) انظر: «الملتقى» مع «مجمع الأنهر»، كتاب القضاء (٣/ ٢١١ - ٢١٢).

(٢) «فتاوى قاضي خان»، أوائل كتاب الدعوى والبينات (٢/ ٣٦٢).

لا ينفُذ؟ وخصوصُ هذا الفسق غيرُ مُؤثّر، وغايةُ ما وُجّه به(١) أنه إذا ارتشَى عامِلٌ لنفسه، والقضاءُ عملٌ لله»(٢)، انتهى.

وبحَث فيه في «البحر» بأنه «قضَى لنفسه، والقضاءُ لنفسه باطلٌ»(٣)، انتهى.

«وقيل عليه: بأنا لا نُسلّم بأنه قضَاءٌ لنفسه، بل هو قضاءٌ على زيدٍ لبكرٍ مثلا، وغاية الأمر أنه أخَذ الرَّشوة على قضائه الحقِّ، فصار عامِلا لنفسه، والقضاءُ عملٌ لله، فبحثُ صاحب «الفتح» مُتَّجِهٌ.

لكن في كثير من الكتب المُعتبَرة أنه لو ارتشَى وقضَى: لا ينفُذ قضاؤُه فيما ارتشى.

وفي «السراج»: «قال الإمام أبو حنيفة رحمه الله: لو قضى القاضي زمانًا بين الناس، ثم عُلِم أنه مُرتشٍ: ينبغي للقاضي الذي يختصمون إليه أن يبطل كل قضاياه»، انتهى.

وفي «منح الغفّار»: «أخذ القضاءَ برَشوة أو ارتشى: لا ينفُذ قضاؤه؛ لأنه في الأول لم يصِر قاضيًا، وفي الثاني صار عاملا لنفسه، والقضاء يجب أن يكون خالصًا لله».

وفي «جامع الفُصولَين»: «ومن أخذ القضاءَ برشوة فالصحيحُ أنه لا يصير قاضيًا، وبه يُفتَى»(٤)»(٥).

---

(١) كذا في «الفتح». وفي النسخ: (وجدته).

(٢) «فتح القدير»، كتاب أدب القاضي (٧/ ٢٥٤ ـ ٢٥٥).

(٣) «البحر الرائق»، كتاب القضاء، أهل القضاء (٦/ ٢٨٥).

(٤) «جامع الفصولين»، الفصل الأول في القضاء وما يتصل به (١/ ١٣).

(٥) انظر: «غمز العيون» (١/ ٢٦٣ ـ ٢٦٤).

[مطلب: هل يصلُح الفاسقُ مفتيًا؟]

والفاسق يصلُح مفتيًا، وقيل: لا، فلا تُقبل فَتواه؛ لأنه من الدِّيانات. واختاره كثيرٌ من المُتأخِّرين، كصاحب «الاختيار»[١] و«تنوير الأبصار»[٢]، وبه جزَم صاحبُ «المجمع»[٣]، وهو قولُ الأئمَّة الثلاثة. وظاهرُ ما في «التحرير» أنه لا يحِلُّ استفتاؤه اتفاقًا[٤]. «والمُقلِّد لا يحِلُّ له أن يُفتِيَ إلا بحكاية أو نقل»، «در منتقى»[٥].

(ولم يُوجِب) أبو حنيفة على القاضي في غير حَدٍّ ولا قَوَدٍ (تزكيةَ الشُّهود) بلا طَعْن من الخصم، «بل يقتصر على ظاهر عدالة المسلم، وفي الحدود والقصاص يسأل عنهم. وعندهما: لا بد أن يسأل عنهم في سائر الحقوق سِرًّا وعلانيةً، وإن لم يطعَن الخصم. فإن طعن يسأل عنهم اتفاقًا.

قال الصدر الشهيد في «الكبرى»: «والفتوى اليوم على قولهما».

قال في «الحقائق»: ومحلُّ السؤال على قولهما عند جهل القاضي، كما في «الملتقط»[٦]. ولو عرفهم القاضي بالعدالة وطعن الخصم فيهم: لم أره، والظاهر أنه لا يكتفي بمعرفته إياهم»، «حموي»[٧].

---

(١) انظر: «الاختيار لتعليل المختار»، كتاب أدب القاضي، من يولى القضاء (٢/ ٨٣ ـ ٨٤).

(٢) انظر: «تنوير الأبصار» مع «الدر المختار»، كتاب القضاء (ص ٤٦٤).

(٣) انظر: «مجمع البحرين»، بداية كتاب أدب القاضي (ص ٧٣٨).

(٤) كذا في «الدر المختار»، كتاب القضاء (ص ٤٦٤).

(٥) «الدر المنتقى»، كتاب الإعتاق (٢/ ٢١٣ ـ ٢١٤).

(٦) قال فيه في كتاب الشهادات، مطلب: الشهادة على قضاء الأب لا تجوز (ص ٣٨١): «وإذا عرف القاضي المشهور بجرح أو عدالة: لا يسأل عنهم».

(٧) انظر: «غمز العيون» (١/ ٢٦٤).

ويكفي في التزكية قولُ المزكي: هو عدلٌ، في الأصحِّ. وقيل: لا بد من قوله: هو عدلٌ جائزُ الشهادة.

وفي «البحر»: «الفتوى على أنه يسأل في السِّرِّ، وقد تُرِكت التزكيةُ في زماننا لئلا يخدَعَ المزكي أو يَخُون[١]»[٢]، انتهى[٣].

(حَمْلا لحال المسلمين على الصَّلاح).

(ولم يَقبَل) أبو حنيفة (الجَرْحَ المُجرَّد) عن حقٍّ من حقوق[٤] الله أو حقوق[٥] العبد (في حقِّ الشاهد)، أي: الشهادة على الجرح المُجرَّد بعد التعديل، وهو ما يفسُق به الشاهد، ولا يوجب حقَّ الشرع أو العبد[٦]، كـ: فاسق، أو آكل ربا، أو أنه استأجرهم.

وقيَّد بكونه بعد التعديل، «فلو قبله: قُبِلت، كما جزَم به في «التنوير»[٧]. وفيه: أنه[٨] لا يَلتفِت إلى هذه الشهادة، ولكن يُزكِّي الشهود[٩] سِرًّا وعلنًا، فإذا

---

(١) كذا في «البحر». وفي النسخ: (يخوف).

(٢) «البحر الرائق»، كتاب الشهادات (٧/ ٦٤).

(٣) في هامش (ع) و(م) و(ب): (واعلم أنه يكفي الواحد لتزكية السر ولو عبدا أو امرأة. وأما تزكية العلانية، فشهادة، إلا في الإتيان بلفظ الشهادة. وتشترط الحرية في تزكية العلانية والحدود).

(٤) في (خ): (حق).

(٥) في (خ): (حق).

(٦) أي: لا يوجب حقًّا للشرع، ولا للعبد.

(٧) انظر: «تنوير الأبصار» مع «الدر المختار»، كتاب الشهادات، باب القبول وعدمه (ص ٤٩١).

(٨) أي: القاضي.

(٩) أي: يسأل عن شهود المدعي.

عُدِّلُوا: قَبلَها، كما في «القهستاني»[1]. وجعله البرجندي قولهما، خلافاً لأبي حنيفة، فراجِعْه»، «در منتقى»[2].

«وتُقبَل على الجرح المُركَّب، كشهادتهم على إقرار المُدَّعِي بفسقِهم، أو على أنهم عَبيدٌ، أو مَحدُودون في قَذْف، أو شارِبُوا خمرٍ، أو قذَفةٌ، أو شُركاءُ المُدَّعِي، أو أنه استأجَرهم لها بكذا، وأعطاهم ذلك من مالي، أو أني ارتشيتُهم بكذا، ودفعتُه إليهم على أن لا يشهَدوا عليَّ، فشهِدوا زُورًا، وأنا أطلُب ما دفعتُه إليهم[3]»، «ملتقى»[4].

[الفتوى على قول أبي يوسف فيما يتعلَّق بالقضاء والوقف]

(ووسَّع أبو يوسف رحمه الله تعالى في القضاء والوقف، والفتوى على قوله فيما يتعلَّق بهما)، أي: القضاء والوقف.

[جواز تلقين الشاهد ما يشهَد به]

(فجوَّز) أبو يوسف، بل استحسن في غير موضع التُّهْمة، (للقاضي تلقينَ الشاهد) ما يشهد به، كأن يقول: أتشهَد بكذا؛ لأن الشاهد قد يُحصَر لمَهابة المجلس، فكان تلقينُه إحياءً للحقِّ.

[جواز كتاب القاضي إلى القاضي]

(وجوَّز) أبو يوسف رحمه الله تعالى (كتابَ القاضي إلى القاضي) المعهودَ شروطُه المذكورةُ في بابه، وهو أن لا يكون في حَدٍّ، ولا قَوَدٍ، ولا من قاضي رُستاق إلى قاضي مصر.

---

(١) «جامع الرموز»، كتاب الشهادة (٢/ ٤٣٧).

(٢) «الدر المنتقى»، كتاب الشهادات، أواخر باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل (٣/ ٢٨٣).

(٣) وإنما قبلت في هذه الصورة لتضمنها حق الله أو العبد، فمست الحاجة إلى إحيائهما.

(٤) «الملتقى» مع «مجمع الأنهر» (٣/ ٢٨٣ ـ ٢٨٤).

[ويُقبَل في كل ما لا يسقُط بالشبهة، كالدَّين، والعَقار، والنكاح، والغصب، والأمانة والمُضاربة المَجحُودتَين.

ولا بد أن يكون من قاضٍ معلوم إلى قاضٍ معلوم، ولا بد أن يُقرَأ على من يُشهِدُهم عليه، وإن لم يَقرَأه عليهم يُعلِمهم بما فيه، وتكون أسماؤُهم داخِلَه، ويُختَم بحَضْرتهم، ويحفَظوا ما فيه كسائر الشهادات، ويُسلِّمُه إليهم][1].

ولا بد من كتابة عنوانه في باطنه، بأن يكتُب اسمَه واسمَ القاضي المكتوب إليه وأبيه وجَدِّه، وإن شاء عمَّم، كما لو قال بعده: إلى كلِّ مَن يصِلُ إليه، وفي عُرفنا كتابة العنوان على الظاهر، فيُعمَل به.

والكتاب، سواء كان في المنقولات أو غيرها، على ما عليه الفتوى، **(من غير شرطِ)** مَسيرةِ **(سفَرٍ)** بين القاضِيَين، سواء أمكنه الرجوعُ إلى منزله في يومه أو لا، والفتوى على أنه يجوز إن لم يُمكِنْه الرجوعُ من يومه، كما في «الخزانة».

(ولم يشترط) أبو يوسف **(فيه)**، أي: الكتاب، **(شيئًا مما شرَطه الإمامُ)** أبو حنيفة، من ذِكْرِهم المكتوبَ إليه ونسَبَه، ومن القراءة على الشُّهود، ومن خَتْمه عندهم، سوى الشهادة أنه كتابُه، فسهَّل ذلك حين ابتُلِي بالقضاء، وليس الخبرُ كالمُعايَنة.

[جواز الوقف على نفس الواقف، وعلى جهة تنقطع]

(وصحَّح) أبو يوسف **(الوقفَ على النفس)**، أي: نفس الواقف. قال: أرضي هذه صدقةٌ موقوفةٌ على نفسي، يجوز، والغَلَّة له. وقال هِلال: لا، والفتوى على قول أبي يوسف.

---

(١) ما بين المعقوفتين ليس في (ح) و(ظ).

(و)صحَّح أبو يوسف الوقف (على جهة تنقطِع) تلك الجهةُ، كأن يقِفَ على رجل بعينِه مثلا، فلو انقطع صُرِف للفقراء، وقيل: يرجع إلى ورَثته، وعليه الفتوى. [قال في «شرح الملتقى»: «والخلاف في ذكر التأبيد. وأما نفسُ التأبيد، فشرطٌ بالإجماع، حتى لو وقَّته لشهر مثلا: بطَل بالاتفاق، «درر»[١].

لكن في «الخانية»: يصِحُّ المُؤقَّت مطلقًا، ويكون وقفًا مُؤبَّدا[٢]. وأقرَّه في «الشرنبلالية»[٣]»[٤].

وفي «المنح»: «والحاصل أن عند أبي يوسف في التأبيد روايتَين: في رواية: لا بد منه، وذكرُه ليس بشرطٍ، وصُحِّح. وفي رواية: ليس بشرط. وتفرَّع على الروايتَين: ما لو وقف على إنسان بعينه، أو عليه وعلى قرابته، وهم يُحصَون، أو على أُمَّهاتِ أولاده، فمات الموقوفُ عليه، فعلى الأول: يعود إلى ورَثة الواقف، قال الناطفي في «الأجناس»: «وعليه الفتوى»[٥]. وعلى الثاني: يُصرَف إلى الفقراء، وهي رواية البَرامكة، كذا في «الفتح»[٦]، انتهى][٧].

---

(١) «درر الحكام»، كتاب الوقف (٢/ ١٣٣).

(٢) «فتاوى قاضي خان»، كتاب الوقف، فصل في مسائل الشرط في الوقف (٣/ ٣٠٤). قال فيها: «رجل وقف داره يوما، أو شهرا، أو وقتا معلوما، ولم يزد على ذلك: جاز الوقف، ويكون الوقف أبدًا».

(٣) «غنية ذوي الأحكام»، كتاب الوقف (٢/ ١٣٣).

(٤) «الدر المنتقى»، كتاب الوقف (٢/ ٥٧٥).

(٥) «الأجناس» للناطفي، كتاب الوقف (١/ ٥٥٥).

(٦) انظر: «فتح القدير»، كتاب الوقف (٦/ ٢١٤ ـ ٢١٥).

(٧) ما بين المعقوفتين ليس في (ظ).

[جواز وقف المُشاع]

(و)صحَّح أيضًا (وقفَ المُشاع)؛ لأن الوقف عنده إسقاطُ الملك، كالإعتاق، والشيوعُ لا يمنع الإعتاق، فلا يمنع الوقف أيضًا. قال في «المُضمَرات»: وعليه الفتوى[١]. وقال محمد: لا يجوز، وأكثرُهم على قوله، «وبه يُفتَى»، كما في «البزازية»[٢].

والخلافُ في مُشاع يحتمل القسمةَ. وأما ما لا يحتملها، فيصِحُّ اتفاقا. وهذا الخلاف مبنيٌّ على الخلاف في اشتراط التسليم للمُتولِّي وعدمه، فلم يشترطه أبو يوسف، فصحَّ وقفُ المُشاع عنده، واشترطه محمدٌ، فقال بعدمه، لكن لو قضَى به قاضٍ، حنفيًّا أو غيرَه: صحَّ اتفاقا.

وهذا في غير المسجد والمقبرة، فلا يصِحُّ وقفُهما مُشاعًا اتفاقًا؛ لأن بقاء الشركة يمنع الخُلوصَ لله تعالى. وتقبُح المُهايَأةُ بزَرْع سَنَةٍ ودَفْنِ سَنَة، وبجعلِه مسجدًا سَنةً وإِصْطَبْلا سَنة[٣].

وكذا يصِحُّ اتفاقًا[٤] لو كانت أرضٌ لرجُلَين، وقفاها على جهة؛ لأن المانع من تمام الصَّفْقة شُيوعٌ في المَحلِّ المُتصدَّق به لاختلاف المُتولِّي، وهنا اتَّحد.

---

(١) الذي في «جامع المضمرات»، كتاب الوقف، وقف المشاع (٣/ ٣٨١): «رجل وقف مشاعا: لم يجز في قول محمد رحمه الله، وبه يفتى»، ثم قال (٣/ ٣٨٢): «وقف المشاع صحيح عند أبي يوسف رحمه الله، خلافا لمحمد رحمه الله، ومشايخ بلخ أخذوا بقول أبي يوسف، ومشايخ بخارى أخذوا بقول محمد رحمه الله، وبه يفتى»، ثم قال: «والمختار للفتوى قول محمد رحمه الله».

(٢) «الفتاوى البزازية»، كتاب الوقف، الفصل الثالث في صحته وفساده، نوع في المشاع (٦/ ٢٥٨).

(٣) «الدر المنتقى»، كتاب الوقف (٢/ ٥٧٥).

(٤) في هامش (خ): (قوله: وكذا يصح اتفاقا، أي: فهذه مستثناة من عدم جواز وقف المشاع المحتمل للقسمة عند محمد. وحاصلها: إذا اتحد المتولي، بأن وقفاها على بعض الوجوه، وسلماها إلى وال يقوم عليها: يصح ذلك إجماعًا، انتهى).

«وأما الشيوعُ الطارئ والمُقارِن سِيَّان، فالتقييد بالمُقارِن ظنٌّ»، «قهستاني»[(١)]، كذا في «الدر المنتقى»[(٢)].

[عدم اشتراط حكم القاضي أو التسليم إلى المُتولِّي في لزوم الوقف]

(ولم يشترط) أبو يوسف في لزوم الوقف (التسليمَ إلى المُتولِّي)، كما شرطه محمد فيما «إذا لم يشترط الولايةَ لنفسه»، «قهستاني»[(٣)]، (ولا حُكمِ القاضي) المُولَّى من قِبَل السُّلطان، كما شرَطه الإمام.

[جواز استبدال الوقف عند الحاجة إليه بلا شرط]

(وجوَّز) أبو يوسف (استبدالَه)، أي: الوقف، (عند الحاجة إليه بلا شرط) من الواقف.

وفي «فتاوى قارئ الهداية»: «الاستبدال إذا تعيَّن[(٤)]، بأن كان الوقف لا يُنتفَع به، وثمَّة مَن يرغَب فيه، ويُعطِي بدلَه أرضًا أو دارًا لها رَيعٌ يعود نفعُه على جهة الوقف، فالاستبدال في هذه الصورة قولُ أبي يوسف ومحمد. وإن كان للوقف رَيعٌ، ولكن يرغب شخصٌ في استبداله، ويعطي بدَلا أكثرَ ريعًا منه، في سوقٍ[(٥)] أحسنَ من سُوق[(٦)] الوقف: جاز عند القاضي أبي يوسف، والعملُ عليه، وإلا فلا يجوز»[(٧)]، انتهى[(٨)].

---

(١) «جامع الرموز»، كتاب الوقف (٢/ ٢٩٢).

(٢) «الدر المنتقى»، كتاب الوقف (٢/ ٥٧٥).

(٣) «جامع الرموز»، كتاب الوقف (٢/ ٢٩١).

(٤) كذا في النسخ. وفي «فتاوى قارئ الهداية»: (تغير).

(٥) كذا في النسخ. وفي «فتاوى قارئ الهداية»: (صُقْع). والصقع: ناحية الأرض والبيت.

(٦) كذا في النسخ. وفي «فتاوى قارئ الهداية»: (صقع).

(٧) في هامش (ع) و(م) و(ب): (وفي «النهر»: لو قضى ببيعه حاكم حنفي قبل الحكم بلزومه كان باطلا. وما أفتى به قارئ «الهداية» محمول على القاضي المجتهد، انتهى).

(٨) «فتاوى قارئ الهداية» (ص ٤٣).

[وفي «صدر الشريعة»: «إن أبا يوسف يُجوِّز الاستبدالَ بغير شرطٍ إذا ضعُفت الأرضُ عن الرَّيع، ونحن لا نُفتِي به، وقد شاهدنا في الاستبدال من الفساد[١] ما لا يُعَدُّ ولا يُحصَى؛ فإن ظلَمة القُضاة جعلوه حيلةً إلى إبطال أكثر أوقاف المسلمين»[٢].

قال في «الفتح»: «والحاصل أن الاستبدال إما عن شرطه[٣] أو لا، فإن كان الأوّل: فكالمسألة المُتقدِّمة، وإن كان الثاني، فإن كان لخروج الوقف عن انتفاع به[٤]: فينبغي أن لا يختلف فيه، وإن لم يكن كذلك، بأن يكون يوجد مكانٌ يُنتفَعُ به أكثرَ من الوقف، مع كون الوقف مُنتفَعًا به أقلَّ من ذلك[٥]: فينبغي أن لا يجوز؛ لأن الواجب إبقاءُ[٦] الوقف على ما كان عليه»[٧]، انتهى.

واعتمد في «البحر» ما قاله ابنُ الهمام، فقال: «والمُعتمد [أنه[٨] بلا شرط][٩] يجوز للقاضي، بشرط أن لا يخرج عن الانتفاع بالكُلِّية، وأن لا يكون هناك رَيعٌ للوقف، وأن لا يكون البيع بغَبْن فاحِش. وشرَط في «الإسعاف» أن يكون المُستبدِلُ قاضيَ الجَنَّة[١٠]،

---

(١) كذا في «شرح الوقاية». وفي النسخ: (وقد شاهدنا الفساد في الاستبدال).

(٢) «شرح الوقاية»، كتاب الوقف (٣/ ٢٨٨ ـ ٢٨٩).

(٣) أي: شرط الواقف الاستبدال.

(٤) أي: انتفاع الموقوف عليهم بالوقف.

(٥) عبارة «فتح القدير»: «بل اتفق أنه أمكن أن يؤخذ بثمن الوقف ما هو خير منه مع كونه منتفعا به».

(٦) في النسخ: (بقاء). والمثبت من «فتح القدير».

(٧) انظر: «فتح القدير»، كتاب الوقف (٦/ ٢٢٨).

(٨) أي: الاستبدال.

(٩) ما بين المعقوفتين ليس في النسخ، مستدرك من «البحر».

(١٠) المشار إليه بقوله عليه الصلاة والسلام: «قاض في الجنة، وقاضيان في النار». كذا في «الإسعاف».

المُفسَّر بذي العلم والعمل؛ لئلا يحصُل التطرُّق إلى إبطال الأوقاف[١]»[٢]، انتهى.

ثم اعلم أنه بدون ذكر الاستبدال لا يَستبدِلُ إلا القاضي، وهو المُتقدِّم[٣]، وليس له أن يستبدل بالثانية ثالثةً إلا أن يُشترَط في أصل الوقف[٤]. ولو شُرِط أن يستبدَل بها دارًا: ليس له أن يستبدل بها أرضًا، وبالعكس. ولو أُطلِق: كان له أن يستبدل ما شاء من أنواع العَقار.

وفي «القنية»: مُبادَلةُ دارٍ بأُخرى إنما يجوز إذا كانتا في محلَّة واحدة، أو تكون محلَّةُ المملوكة خيرًا من محلَّة الموقوفة، وبالعكس لا يجوز.

ولو شُرِط لكُلِّ مَن وَلِيَه الاستبدالُ: كان له.

بقـي: «لو شرَط الواقفُ عدمَ الاستبدال، وأن يكون الناظرُ معزولا إذا همَّ بالاستبدال، فهل للقاضي الاستبدالُ إذا اقتضى ذلك؟ قال الطرسوسي: لم أرَه، ومقتضى قواعد المذهب: له ذلك. قالوا: لو شرَط الواقفُ أن لا يكون للقاضي أو

---

(١) «الإسعاف في أحكام الأوقاف»، باب في الوقف الباطل وفيما يبطله، فصل في شرط استبدال الوقف (ص ٣٢).

(٢) «البحر الرائق»، كتاب الوقف، جعل الواقف غلة الوقف لنفسه (٥/ ٢٤٠ ـ ٢٤١).

(٣) أي: قاضي الجنة.

(٤) في هامش (م): (انظر عبارة «الخانية» من فصل وقف المشاع في بحث الاستبدال، حيث قال: أجمعوا على أن الواقف إذا شرط الاستبدال لنفسه في أصل الوقف يصح الشرط والوقف، ويملك الاستبدال. أما بدون الشرط، أشار في «السير» إلى أنه لا يملك الاستبدال إلا القاضي إذا رأى المصلحة في ذلك. ولو قال الواقف: على أن أبيعها، وأشتري بثمنها أرضا أخرى، ولم يزد على هذا: في القياس يبطل؛ لأنه لم يذكر إقامة أرضى أخرى مقام الأولى، وفي الاستحسان يصح الوقف...، إلى أن قال: ثم ليس له أن يستبدل الثانية بأرض ثالثة؛ لأن هذا حكم ثبت بالشرط، وجد في الأولى دون الثانية... إلخ، فراجعه، فلعل في عبارة الشارح هنا سقطًا يعلم من عبارة «الخانية»، انتهى).

السلطان كلامٌ في الوقف أنه شرطٌ باطلٌ، وللقاضي الكلام، فكذا هذا، هو شرطٌ فيه تفويتُ المَصلحة للوقف[١]»[٢]، انتهى.

[جواز الاستبدال مع الشرط، ولو بلا حاجة]

(وجوَّزه)، أي: الاستبدال أبو يوسف، (مع الشرط)، ولو بلا حاجة إليه. قال في «الخلاصة»: «وإذا شرط في أصل الوقف أن يستبدل به أرضًا أُخرى إن شاء ذلك، وتكون وقفًا مكانَها: فالوقف والشرط جائزَانِ عند أبي يوسف، وكذا لو شرط أن يبيعَها، ويستبدِلَ بثمنها مكانَها. وعند محمد وهلال: الوقف جائزٌ، والشرط باطل. وفي «واقعات» القاضي الإمام فخر الدين قاضي خان: قولُ هلال مع أبي يوسف، وعليه الفتوى»[٣].

كلُّ ذلك (ترغيبًا للمُسلِمين في الوقف، وتيسيرًا على المُسلِمِين) فيه.

(فقد بانَ) بما ذكرناه (أن هذه القاعدة)، أي: قاعدة «المَشقَّة تجلِب التيسير»، (يرجع إليها غالبُ أبواب الفقه). يُريد: أن هذه القاعدة أصلٌ يرجِع إليها غالبُ أبوابه، ؛ إذ لا حرَجَ في الدِّين. ويحتمل: أن هذه القاعدة عِلَّةٌ لغالب أبوابه، وإن لم تكن علَّةً للجَميع.

[السبب السابع للتخفيف: النَّقْص]

السـبب (السـابع) للتخفيـف: (النَّقْـص)، أي: نقص مـا به التكليـفُ من جهة الأهليـة وغيرها.

---

(١) انظر: «أنفع الوسائل»، المسألة الثالثة عشرة: الاستبدال بالأوقاف (ص ٢٣٨ ـ ٢٤٠).
(٢) انظر: «البحر الرائق»، كتاب الوقف، جعل الواقف غلة الوقف لنفسه (٥/ ٢٤١).
(٣) «خلاصة الفتاوى»، كتاب الوقف، الفصل الثالث في صحة الوقف (٤/ ٤١٣).

(فإنه)، أي: النقص، (نوعٌ من المَشقَّة)؛ لأن النفس مجبولةٌ على تحصيل الكمال، والنقص فيها يكون مشقَّةً عليها، (فناسَب التخفيفُ) في التكليفات.

[عدم تكليف الصبيِّ والمجنون، وتفويض أُمورهما إلى الوليِّ]

(فمن ذلك)، أي: التخفيف بسبب النقص، (عدم تكليف الصبيِّ والمجنون[١]) بالعبادات، وإن كان في عدم وجوب الإيمان على الصبيِّ العاقل خلافٌ. (فـ) لنُقصانِهما[٢] فيه (فوَّض أمرَ أحوالهما إلى الوليِّ) والوصيِّ، (و)كذا فوَّض (تربِيتَه)، أي: الصبي، (وحضانتَه إلى النساء؛ رحمةً عليه)؛ لأنهن أشفقُ وأرفقُ وأصبرُ على تحمُّل المَشاقِّ بسبب الولد على طول الأعصار، وأفرغُ على القيام بخدمته، فكان تفويضُ الحضانة إليهنَّ أنظرَ للصغير.

---

(١) في هامش (ع) و(م): (قوله: الصبي والمجنون، فلا يصح تصرف الصبي والمجنون بلا إذن الولي. أما تصرف المجنون المغلوب، فلا يصح بحال، وتصرفه حال الإفاقة يحتاج إلى إذن الولي، وهو ظاهر «الدرر». وتعقبه الشرنبلالي بأنه يحتاج إلى الإذن عند عدم الإفاقة، وأما حال الإفاقة فهو كالعاقل. وتصرف الصبي إما نفع محض، فلا يتوقف على إذن الولي، كما لو وهب له شيء، وإما دائر بينهما، فيتوقف، وإما ضرر محض فلا ينفذ وإن أجازه الولي، كالطلاق والعتاق. وجعل في «الدراية» الولي شاملا للعصبات، وخصه ابن فرشته بالقاضي ومن له ولاية التجارة في مال اليتيم، كالأب والجد والوصي، فلا يجوز بإذن الأخ والعم والأم. وحمل المقدسي على ما للولي فعله، كالنكاح، فيشمل العصبات. وتوكيل الصبي الرجل غير صحيح، ووكالته صحيحة لا تفتقر إلى الإذن، والمجنون لا يصح شيء منهما، «شيخنا»).

(٢) في هامش (ح): (قوله: فلنقصانهما، أي: الصبي والمجنون. قال أبو السعود: المراد بالنقص فقد ما يتعلق به التكليف، كالبلوغ بالنسبة للصبي، والعقل بالنسبة للمجنون، والذكورة بالنسبة للأنثى، والحرية بالنسبة للأرقاء، انتهى).

(ولم نُجبِرهُنَّ[1] على الحضانة تيسيرًا عليهن)؛ إذ لو أُجبِرْن لأدَّى إلى العُسْر، إلا إذا لم يكن للولد ذو رَحِم مَحرم غيرِ الأُمِّ[2]، فتُجبَر حينئذ على حضانته لئلا يَضيع، بخلاف الأب، حيث يُجبَر على أخذه إذا استغنى عن الأُمّ لوجوب نفقته عليه.

[عدم تكليف النساء بكثير مما شُرِع للرِّجال]

(و)من ذلك: (عدم تكليف النساء بكثير مما وَجَب) أو سُنَّ (على الرجال، وعدمُ مَنْعِهنَّ عن كثير مما حرُم على الرجال، كالجماعة[3])؛ خوفًا من الفتنة في خُروجهن، وإن لم يكن بأسٌ في خروجهن في المغرب والعشاء.

وأراد بقوله: «وجب»، أعمَّ من الفرض والواجب المُتعارَف؛ بناء على عموم المجاز أو عموم المُشتَرك[4]؛ لتمثيله له بقوله: «كالجماعة»، فيقتضي أن الجماعة واجبة. قال في «التنوير»: «وعليه العامَّة»[5]، والأصحُّ أنها سُنَّة مُؤكَّدة.

(والجُمعةِ، والجِهاد) إذا لم يكن النَّفيرُ عامًّا، وإلا وَجب الخروجُ عليها ولو بلا إذنِ زوجها، (والجِزْيةِ).

---

(١) كذا في (خ). وفي (ع): (يجبرهن). وفي هامش (خ): (قوله: ولم نجبرهن، بالنون، لا بالياء، أي: لا يجوز لنا جبرهن على الحضانة، انتهى، «أبو السعود»، وهو غير متعين، تأمل. وما ذكره المصنف مبني على القول بأن الحضانة حق الحاضنة، وقيل: حق الصغير، فعليه تجبر مطلقا، وإذا تعينت، بأن لم يأخذ الصبي ثدي غيرها: تجبر بلا خلاف، فتبصَّر، انتهى).

(٢) في هامش (ع) و(م): (أو لم يكن للأب ولا للصغير مال، به يفتى، «تنوير»).

(٣) في هامش (خ): (قوله: كالجماعة. تمثيل لما وجب، وهو صريح في أن الجماعة واجبة، وقيل: سنة مؤكدة، والقولان مرجحان، انتهى).

(٤) في هامش (خ): (قوله: أو عموم المشترك. فيه مخالفة للمصرح به في الأصول من أنه لا يصح استعمال المشترك في معنييه، فتدبر، انتهى).

(٥) «تنوير الأبصار» مع «الدر المختار»، كتاب الصلاة، باب الإمامة (ص ٧٦).

(وتُحمَّلُ العَقْلَ)، أي: الدِّيَة[١]، (على قولٍ، و)القولُ (الصحيحُ خلافُه)، أي: لا يتحمَّلن العقلَ؛ لما «قال أصحابنا: ليس على النساء والذُّرِّيَّة ممَّن له[٢] حظٌّ في الديوان عقلٌ؛ لقول عمر رضي الله عنه: «لا يعقِل مع العواقل صبي ولا امرأة»[٣]؛ ولأن العقل إنما يجب على أهل النُّصرة لتركهم مُراقَبته، والناس لا يَتناصَرون بالنساء والصِّبيان، ولهذا لم يُوضَع عليهم ما هو خلَفٌ عن النُّصرة، وهو الجِزْية»، كذا في «الزيلعي»[٤].

وهذا «إذا لم يُباشِرْن القتل، وإلا فالصحيح أنَّهُنَّ يُشارِكْن العاقلة[٥]. وكذا المجنون إذا باشر القتل يُشارِك العاقلة»، «زيلعي»[٦].

(وإباحة لُبْس الحرير وحُلِيِّ الذَّهب).

[عدم تكليف الأرِقَّاء بكثير مما على الأحرار]

(و)من ذلك: (عدم تكليف الأرِقَّاء بكثير مما على الأحرار، ككونه)، أي: كل منهم، (على النِّصف من الحُرِّ في الحُدود) القابلة للتنصيف، كالجَلْد، بخلاف القطع في السَّرِقة.

---

(١) في هامش (ع): (يعني: التي تجب بنفس القتل، كشبه العمد والخطأ، بخلاف الدية التي تجب عند تعذر القصاص، كقتل الأب ابنه، والتي تجب بالإقرار إلا أن يصدقوه في إقراره أو تقوم حجة لو مع الإقرار لإثباتها السراية، ولا ما لزم بصلح، فإن الدية على القاتل، انتهى).

(٢) كذا في (خ) و«التبيين». وفي (ظ): (ممن ليس له)..وفي (م): (ممن ليس لمثله).

(٣) ذكره في «نصب الراية» (٤/ ٣٩٩)، وقال: «غريب»، وذكره ابن حجر في «الدراية» (٢/ ٢٨٨)، وقال: «لم أجده».

(٤) «تبيين الحقائق»، كتاب المعاقل، عاقلة المعتق قبيلة مولاه (٦/ ١٧٩).

(٥) وكذا الصبي.

(٦) «تبيين الحقائق» (٦/ ١٧٩).

(وفي العِدَّة)، فعِدَّة الأمَة حيضتان؛ لأن الواحدة لا تتجزَّأ. وكذا في القَسْم، للأمَة المنكوحة نصفُ ما للحُرَّة.

وفي الطلاق لا يمكن تنصيفُ الثلاث على السواء، فجُعِل طلاقُهُنَّ اثنتَين؛ اعتبارًا بجانب الوجود، وذهابًا إلى ما هو الأصل من بقاء الحِلِّ.

ومن ذلك: عدم وجوب الجُمعة عليه، ولو أذِن له السَّيِّد. ولو أذِن له بالحج: لا تسقُط عنه حَجَّةُ الإسلام. ولو كفَّر بالمال: لا يصح، ولو بإذنِ المولى؛ لأن القِنَّ لا يملِك وإن مُلِّك، «زواهر».

وذلك الكثير كائنٌ (مما سيأتي في أحكام العَبيد).

[فوائد مُهِمَّة]

(وهذه) التي أذكُرها (فوائدُ مُهِمَّةٌ، يُختَم بها الكلامُ على هذه القاعدة).

[الفائدة الأُولى: المَشاقُّ التي تَعترِي العبادات على قسمَين]

الفائدة (الأُولى: المَشاقُّ) التي تعتري[1] العبادات (على قسمَين). [ومرجعُ الفائدة الأولى إلى تخصيص القاعدة، وهو أن ليس كلُّ مَشقَّة تجلِب التيسير، بل مشقَّةٌ تنفَكُّ عنها العبادةُ غالبًا، وتكون عظيمةً أو قريبةً منها.

وأما المشقَّة التي لا تكون لازمةً، أو تكون خفيفةً، فلا توجب التيسير، فلذلك قسَمها، فقال][2]:

---

(١) في (خ): (تعترض).

(٢) ما بين المعقوفتين في (ع) فقط.

[القسم الأول: مَشقَّة لازمةٌ لا تنفكُّ عنها العبادة غالبًا]

القسم (الأوَّل): مَشقَّة (لازمةٌ) لعبادة مخصوصة (لا تَنفَكُّ عنها) تلك (العبادةُ غالبًا، كمَشقَّة البَرْد في الوضوء والغُسل)؛ فإنهما، وإن انفكَّا عنها في الأيام الحارَّة وتسخين الماء، إلا أن الغالب عدمُ الانفكاك.

(وكذا مَشقَّة الصَّوم)، خصوصًا (في شِدَّة الحرِّ).

(ومَشقَّة السفَر التي لا انفكاكَ للحجِّ والجهادِ عنها)، لا سِيَّما لمن هو في البُلدان النائية. وكذا مَشقَّة الخوف على النفس أو العُضو التي لا انفكاكَ للجهاد عنها.

(و)كذا (مشقَّة أَلَمِ الحُدود و)مشقَّة (رَجْم الزُّناة)، من عطف الخاصِّ على العامِّ، (ومشقَّة قتل الجُناة وقتل البُغاة) لمن يُقيم هذه الطاعات.

(و)لعدم الانفكاك غالبًا (لا أثرَ له)، أي: لهذا القسم من المَشاقِّ، (في إسقاط العباداتِ في كل الأوقات).

ولمَّا توجَّه النقضُ بأن مَشقَّة البرد قد يكون لها أثرٌ في سقوط العبادة، كالغُسل، فإنهم صرَّحوا بسُقوطها به: أجاب عنه بما حاصلُه أن الغُسل يسقُط بخوف شِدَّة البرد، لا مطلقًا، بل بخوف التلَف أو حُصول المرض. وأما الوضوء، فلا يسقُط على الصحيح، كما قال:

(وأما جَوازُ التيمُّم) للمُقيم والمُسافر في المصر وخارجه (للخوف من شِدَّة البرد للجَنابة)، في السفر بالاتفاق، وفي الحضَر عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى، (فالمرادُ من الخوف) فيه: (الخوفُ من الاغتسال على نفسه، أو على عُضْو من أعضائه، أو من حُصول مرَضٍ فيه)، أو حُصول زيادته، فهذا الخوف لا يكون إلا من البرد الشديد الذي ينفكُّ عنه الغُسل غالبًا. فالمَشقَّة الحاصلة منها لا تكون من القسم الذي نحن فيه، بل من القسم الثاني، كما يجيء بعد.

(ولذا)، أي: ولكون المراد من الخوف المذكور ذلك، (شَرَط في «البدائع» لجوازه)، أي: التيمُّم عند الخوف، (أن لا يجد مكانًا يَأويه، ولا ثوبًا يَتَدَفَّأُ)، أي: يدفع شِدَّة البرد، (به، ولا ماءً مُسخَّنًا)، يُسخِّنه بنفسه أو ولده أو أجيره، فلو قدَر بواحد منهم: يجوز له التيمُّم مطلقًا. وأما لو وُجد غيرُهم ممَّن لو استعان به بلا أجرة لأعانه، أو زوجتُه، ففي ظاهر المذهب: لا يَتيمَّم أيضًا اتفاقًا. وقيل: على الخلاف، فلا يجوز عنده، ويجوز عندهما.

(ولا حمَّامًا) أصلا، أو لا يجد أُجرتَه. هذا عند أبي حنيفة، وعندهما: يجوز.

«قيل: هو اختلافُ زمان، لا بُرهان؛ فإن أُجرةَ الحمَّام كانت تؤخذ في زمانه قبل الدخول، وفي زمانهما بعده، فيَتعلَّل بالعُسرة عليه[١]، وعلى قوله لا يمكن ذلك.

وقيل: اختلافُ برهان؛ بناءً على جواز التيمُّم لغير الواجد قبل الطلب من رفيقه إذا كان له رفيقٌ. فعلى قولهما: يُقيَّد[٢] بأن يترك طلبَ الماءِ الحارِّ من جميع أهالي المصر، أما إن طلَب فمُنِع: يجوز عندهما»، كما في «البحر»[٣].

فلو لم يكن المرادُ بالخوف الخوفَ على النفس، أو العُضو، أو من حصول المرض: لما احتِيج إلى هذه الشروط.

(والصحيح أنه)، أي: التيمُّم لأجل الخوف، (لا يجوز للحدَث الأصغر، كما في «الخانية»[٤]). قال الشُّرنبُلالي نقلا عن الكمال[٥]: «وأما لخوف المرض من

(١) أي: إذا عجز عن الثمن، دخل، واغتسل، ثم تعلل بالعسرة.
(٢) أي: المنع عن التيمم عند الصاحبين.
(٣) انظر: «البحر الرائق»، كتاب الطهارة، باب التيمم، شرائط التيمم (١/ ١٤٩).
(٤) انظر: «فتاوى قاضي خان»، كتاب الطهارة، باب التيمم، فصل فيما يجوز له التيمم (١/ ٥٩).
(٥) في النسخ: (ابن الكمال). والمثبت من «غنية ذوي الأحكام»، والمراد: الكمال ابن الهمام.

الماء البارد في المصر على قوله، هل يبيح التيمم كالغسل؟ فاختلفوا فيه؛ جعله في «الأسرار» مُبيحًا، وفي «الخانية»: الصحيح أنه لا يجوز، كأنه ـ والله أعلم ـ لعدم اعتبار ذلك الخوف بناءً على أنه مُجرَّدُ وَهْم؛ إذ لا يَتحقَّق ذلك في الوضوء عادة»[١]، انتهى.

وفي «الحدَّادي»: «وقيَّد بالغسل؛ لأن المحدث في المصر إذا خاف من التوضِّي الهلاكَ من البرد: لا يجوز له التيمُّم إجماعًا على الصحيح، كذا في «المُصفَّى»[٢]»[٣].

وقيل: هذا محمول على بعض الأقاليم، وأما في اشتداد البرد في بلاد الرُّوم، فلا.

قال في «التاتارخانية»: «إذا كان في سفر، ولا يمكنه إخراجُ يدَيه من الكُمِّ مَخافةَ البرد: فإنه يمسَح وجهَه ويدَيه إلى الرُّسُغ، ويُصلِّي»[٤]، انتهى.

[القسم الثاني: المَشقَّة التي تنفَكُّ عنها العباداتُ غالبًا، وهي مراتبُ]

(وأما المَشقَّة التي تنفكُّ عنها العباداتُ غالبًا)، وهي القسم الثاني من مُطلَق المَشاقِّ، **(فعلى مراتبَ)**:

[المرتبة الأولى: مشقة عظيمة فادحة]

المرتبة **(الأُولى: مَشقَّةٌ عظيمة فادِحةٌ)**، بالفاء، لا القاف، أي: مانعة من الوجوب، «شيخنا»[٥]، **(كمَشقَّة الخوف على النُّفوس، أوالأطراف، أو مَنافع الأعضاء، فهي مُوجِبةٌ للتخفيف)** بإسقاط العبادات، بل بإباحة بعض المُحرَّمات.

---

(١) «فتح القدير»، كتاب الطهارات، باب التيمم (١/ ١٢٥)، و«غنية ذوي الأحكام»، كتاب الطهارة، باب التيمم (١/ ٢٩).

(٢) في «الجوهرة»: («المستصفى»).

(٣) «الجوهرة النيرة»، كتاب الطهارة، باب التيمم (١/ ٢٢).

(٤) «الفتاوى التاتارخانية»، كتاب الطهارة، آخر الفصل الخامس في التيمم (١/ ٤٠٠).

(٥) «عمدة الناظر» لأبي السعود (ل/ ١٦١/ أ).

(ولذا، إذا لم يكن للحجِّ طريقٌ إلا من البحر، وكان الغالبُ عدمَ السلامة: لم يجب) الحجُّ؛ لمَشقَّة الخوف على النفس، مع كون تلك المَشقَّة غيرَ لازمة للحج، بخلاف ما لو كانت لازمةً، كمشقَّة خوف القتل للجهاد؛ فإنها لا تكون مُوجبةً لسُقوط تلك العبادة.

وفي قوله: «لم يجب»، إشارةٌ إلى أن «أَمْنَ الطريق شرطٌ لنفس الوجوب، لا لوجوب الأداء، وهو المَروِيُّ عن أبي حنيفة. وقيل: إنه شرطٌ لوجوب الأداء، وإليه ذهب القاضي أبو خازم[1]؛ لأنه ﷺ فسَّر[2] الاستطاعةَ بالزاد والراحلة حين سُئل عنها[3]، فلو كان[4] شرطًا للوجوب: لبيَّنه في التفسير.

والفرقُ بين الطريقَين أنه على الأوَّل: لا يجب عليه الإيصاءُ؛ لعدم الوجوب أصلا، وعلى الثاني: يجب إذا مات قبل أَمْن الطريق؛ لثبوت أصل الوجوب، وإذا مات بعد أمن الطريق فالإيصاءُ واجبٌ عليه اتفاقًا»، كذا في «الفتح»[5].

والذي عليه أهلُ الأصول أن الزاد والراحلة شرطُ وجوب الأداء، لا شرطُ الوجوب؛ لأن الوجوب جبَريٌّ، لا صُنْعَ للعبد فيه، وليس فيه تكليفٌ، وإنما هو طلبُ إيقاع الفعل من العبد، ونفسُ الوجوب ليس كذلك؛ ألا ترى أن صوم المريض

---

(١) كذا في «فتح القدير». وفي النسخ: (حازم).

(٢) في هامش (خ): (قوله: لأنه ﷺ فسر... إلخ، ليس الكلام في الزاد والراحلة، بل في أمن الطريق، وشتان ما بين المقامين، انتهى).

(٣) روى الترمذي في «سننه»، أبواب تفسير القرآن، باب ومن سورة آل عمران، برقم (٢٩٩٨)، أنه قام رجل إلى النبي ﷺ، فقال: ما السبيل يا رسول الله؟ فقال (أي: رسول الله ﷺ): «الزاد والراحلة».

(٤) أي: الأمن.

(٥) انظر: «فتح القدير»، كتاب الحج (٢/ ٤١٨ـ ٤١٩).

والمسافر واجبٌ، ولا تكليفَ عليهما. وفي «الفتح»: «لا نعلم خلافًا عن أحد في أن القدرة على الزاد والراحلة شرطُ الوجوب»[1]، انتهى. وكأنه أراد: عن أحدٍ من الفقهاء، «منح».

[المرتبة الثانية: مشقَّة خفيفة]

المرتبة (الثانية) من المَشاقِّ الغير اللازمة: (مشقَّة خفيفة، كأدنى وجَع في إصبَع، أو أدنى صُداع في الرأس، وسُوءٍ في المِزاج خفيفٌ، فهذا لا أثرَ له) في إسقاط العبادات، (ولا التفاتَ إليه؛ لأن تحصيلَ مصالحِ العباداتِ أَولى من دَفْع مثلِ هذه المَفسَدة التي لا أثرَ لها) في النفس.

(ومن هَهُنا)، أي: من أجل أن لا أثرَ لهذا النوع في إسقاط العبادات، (رُدَّ على مَن قال مِن مشايخنا: إن المريض إذا نوى الصومَ في رمضان عن واجبٍ آخَر)، كالمنذور والكفَّارات والقضاء، (فإنه يقع عمَّا نوى إن كان) مرضُه (مرَضًا لا يضُرُّ معه الصوم)، هكذا في النسخ، والصواب: إسقاطُ «لا»؛ ليكون الحكمُ في المُتقابلَين عكسَ ما ذكره فيهما، (وإلا)، بأن كان مرضُه لا يضُرُّ معه الصوم، (فيقَعُ عن رمضانَ)؛ لسُقوط المُبِيح حينئذ.

وقولُه: (بأنَّ ما لا يضُرُّ)، مُتعلِّقٌ بـ «رُدَّ»، (ليس بمُرخِّص للفِطر في رمضان، وكلامُنا في مريض رُخِّص له الفِطرُ) فيه.

ولو حُمل كلامُ هذا القائل على معنى أن المريض الذي يضُرُّه الصومُ، كالحُمِّيات المُطبِقة، ووجَعِ العين والرأس، يتعلَّق ترخُّصُه بخوف ازديادِه، ولا يُشترَط فيه العجزُ الحقيقيُّ، فكان رمضانُ في حقِّ هذا المريض كسائر أيام السَّنَة، فيقع صومُه عما نوى،

---

(١) «فتح القدير» (٢/ ٤١٩).

وأما فيما لا يضُرُّه الصومُ، كفساد الهَضْم والمبطون، فيتعلّق ترخُّصُه بحقيقة العَجْز الذي يمنعُه عن المُضِيِّ على الصوم لدفع الهلاك، فإذا صام ظهَر عدمُ عَجْزه، وفات شرطُ الرخصة، فيُلحَق هذا المريضُ بالصحيح، فيكون صومُه عن رمضان على وَفْق ما تقدَّم: لكان[1] هذا الردُّ مردودًا.

[تنبيه: مُطلَق المرض بالزَّوج مانعٌ من صحة خَلْوته بالزَّوجة]

(تنبيه: مُطلَق المرض، وإن لم يضُرَّ)، أي: لم يضُرَّه الجِماعُ، (إن كان) ذلك المرضُ (بالزوج مانعٌ من صحَّة خَلْوته بها، بخلاف مرضِها). قال الزيلعي: «والمراد بالمرض: مرضُ أحدهما مرضًا يمنَع الجِماعَ أو يَلحَقُه[2] به ضررٌ. وقيل: هذا التفصيل في مرضها، وأما مرضُه، فمانعٌ مطلقا؛ لأنه لا يَعرَى عن تكسُّر وفُتور عادةً، وهو الصحيح»[3]، انتهى.

[المرتبة الثالثة: مشقَّة مُتوسِّطة]

المرتبة (الثالثة) من تلك المَراتب الثلاث: (مُتوسِّطةٌ بين هاتَين) المَرتبتَين، (كمريض في رمضان، يخاف فيه من الصوم زيادةَ المرض أو بُطْءَ البُرْء)، ولا يخاف فيه على النفس، (فيجُوز له الفطرُ. وهكذا) الحالُ (في المرض المُبيح للتيمُّم)، فإن هذه المرتبة من المرض تُبيح التيمُّم أيضًا.

فهذه المرتبة وإن كانت مثلَ الأُولى في إيجاب التخفيف بتأخير بعضِ العبادات وإبدالها، إلا أنها دون الأُولى من حيث إنها لا تفيد التخفيفَ بإباحة تناوُلِ بعضِ

---

(١) جواب قوله: (ولو حمل).

(٢) في النسخ: (يلحق)، والمثبت من «التبيين».

(٣) «تبيين الحقائق»، كتاب النكاح، باب المهر (٢/ ١٤٢).

المُحرَّمات. ولما كانت مُتوسِّطةً بين المرتبتَين السابقتَين، وكانت معرفتُها مَقِيسةً إليهما، مُتوقِّفةً على معرفتهما: جعَلها في الذِّكر ثالثة.

(واعتبَروا) في وجوب الحج (الزَّادَ والرَّاحلةَ[١] المُناسبَين للشخص)، يعني: للخوف عن حُصول المرض، (حتى قال في «فتح القدير»: يُعتبَر في حقِّ كلٍّ[٢] إنسانٍ ما يصِحُّ معه بدنُه[٣])؛ إذ ما يُعتبَر في صحة بدَنِ شخصٍ لا يُعتبَر في صحة آخَر؛ للتفاوُت بين الآحاد.

«فالمُعتادُ اللحمَ وغيرَه، إذا قدَر على خُبْزٍ وجُبْن: لا يُعدُّ قادرًا»، «در»[٤].

«والراحلة [المُختصَّةُ به[٥] - و][٦]هي المُسمَّى بالمُقتَّب[٧] - إن قدَر، وإلا فيُشتَرط القدرةُ على المَحَارة[٨] للآفاقيِّ، لا لمَكِّيٍّ يستطيع المَشْي؛ لشبهه بالسَّعْي إلى الجُمعة. ولو وهَب لابنه مالًا ليَحُجَّ به: لم يجِب قبولُه؛ لأن شرائط الوُجوب لا يجب تحصيلُها، وهذا منها باتفاق الفقهاء، خلافًا للأُصوليِّين»، «در»[٩].

---

(١) في هامش (خ): (أي: بملك أو استئجار، لا بإعارة وإباحة، انتهى).

(٢) في (ح) هنا زيادة قوله: (شخص).

(٣) انظر: «فتح القدير»، كتاب الحج (٢/ ٤١٧).

(٤) «الدر المختار»، كتاب الحج (ص ١٥٥).

(٥) أي: ويشترط في تحقق الاستطاعة الراحلة المختصة به.

(٦) ما بين المعقوفتين مستدرك من «الدر المختار».

(٧) القَتَب: رَحْلٌ صغير على قدر السَّنام. انظر: «طلبة الطلبة» (ص ٨٤).

(٨) المَحارة، بفتح الميم: محمل الحاج، وتسمى الصدفة أيضًا. انظر: «المصباح المنير»، كتاب الحاء، الحاء مع الواو، (ح ور)، (ص ١٥٥).

(٩) «الدر المختار»، كتاب الحج (ص ١٥٥).

ولا بـد أن يكـون الـزادُ والراحلـة فاضلَيـن عمـا لا بـد منـه مـن المسـكن[١] ومَرَمَّتـه[٢]، ولـو كبيـرًا يمكنه الاسـتغناءُ ببعضه، والحـجُّ بالفاضل، فلا يلزمـه بيعُه[٣] والحـجُّ بثمنـه، [نعـم؛ هـو الأفضـل، وعُلِـم منـه عـدمُ لُـزوم بيـع الـكُلِّ، والاكتفاءِ بسُـكنى الإجـارة][٤] بالأولـى.

«وكذا لو كان عنده ما لو اشترى به خادمًا ومَسْكنًا: لا يبقى [بعده][٥] ما يكفي للحجِّ: [لا يلزمه][٦]»، «خلاصة»[٧].

ولا بد من بقاء رأس مال لحرفته إن احتاجت، وإلا لا، «نهر»[٨].

لو خاف العُزوبةَ، ومعه مالٌ لا يبقى للحج: يتزوَّج إن كان قبل خروج أهلِ بلده، وإن كان وقته[٩] يحج، وسيأتي.

---

(١) في النسخ: (مسكن). والمثبت من «الدر المختار».

(٢) في النسخ: (مركبه). والمثبت من «الدر المختار».

(٣) أي: الزائد.

(٤) ما بين المعقوفتين مستدرك من «الدر المختار».

(٥) ما بين المعقوفتين مستدرك من «الدر المختار».

(٦) ما بين المعقوفتين مستدرك من «الدر المختار».

(٧) عبارة «الخلاصة»، كتاب الحج، الفصل الأول في المقدمة (١/ ٢٧٧): «وفي «الأصل»: إذا كان له دار يسكنها، وعبد يستخدمه، وثياب يلبسها، ومتاع بيت يحتاج إليه: لا يثبت به الاستطاعة. وفي «التجريد»: إن كان له دار لا يسكنها، وعبد لا يستخدمه، فعليه أن يبيعه ويحج به، وإن لم يكن له مسكن، ولا شيء من ذلك، وعنده دراهم يبلغ به الحج، ويبلغ ثمن مسكن، وخادم، وطعام، وقوت، فعليه الحج، وإن جعلها في غير الحج أثم».

(٨) انظر: «النهر الفائق»، كتاب الحج (٢/ ٥٦ـ ٥٧).

(٩) أي: وقت الخروج.

وفضلًا[١] عن نفقة عياله، ومع غلبة السلامة[٢] في الطريق، ولو بالرِّشْوة. وهل ما يُؤخَذ من المَكْس والخَفَارة في الطريق عذرٌ أو لا؟ قولان، المُعتمَد: لا، «قنية»»[٣].

(وقالوا: لا يُكتفَى بالعُقْبة)، بضَمِّ العين وسُكون القاف: النَّوبة، أي: لا يُكتفَى في القدرة على الراحلة بالقُدرة على اكتراء العُقْبة؛ لأنه لا يكون قادرًا على الراحلة في جميع الطريق، (بل لا بد من القدرة على شِقِّ مَحمِل)، هو كـ«مَجلِس»[٤]، شقَّان يُحمَل عليهما العَديلان.

قال في «الفتح»: ينبغي أن يكون قولُ المُصنِّف: شِق محمل أو رأس زاملة، على التوزيع، فيكون الوجوب مُتعلِّقًا برأسِ زاملة بالنسبة إلى بعض الناس، وبالنسبة إلى بعض آخر لا يتعلَّق إلا بمن قدر على شقِّ مَحمِل. وهذا؛ لأن حال[٥] الناس مُختلفٌ قُوَّةً وضَعفًا وجَلَدًا ورَفاهِيَّة، فمن لم يستطِعْ السفرَ على رأس زامِلة: فلا يجب إلا إذا قدَر على راحلة[٦]»[٧]، اهـ.

(و)من القدرة (على رأس زاملة)، وهي التي يُحمَل عليها من الإبل وغيرها. وهذا صريحٌ بأنه لو قدر على غير الزاملة، من بَغْل أو حِمار: لا يجب عليه. قال في

---

(١) أي: الزاد والراحلة. وفي النسخ: (وفاضلين). والمثبت من «الدر المختار».

(٢) كذا في (خ). وفي بقية النسخ: (وسع عليه لسلامة).

(٣) الكل من «الدر المختار»، كتاب الحج (ص ١٥٥ ـ ١٥٦).

(٤) أي: على وزنه.

(٥) في النسخ: (آحاد). والمثبت من «فتح القدير».

(٦) في «الفتح»: (شق محمل).

(٧) «فتح القدير»، كتاب الحج (٢/ ٤١٧).

«البحر»: «لم أرَه، وإنما صرَّحُوا بالكراهة»[١]، قال شيخُنا: «وتصريحُهم بالكراهـ
يدل عليه؛ إذ لو كان واجبًا[٢] لما كُرِه[٣]»[٤]، فتأمَّل.

[إشكال: اشتراط الخوف على النفس والعضو في التيمم دون السفر]

(ومن المُشكِل) في وجوب[٥] التخفيف (التيمُّمُ، فإنهم شرَطوا في المرَض المُبيحِ له أن يَخافَ من الماء على نفسه أو على عُضْوه، ذَهابًا أو مَنفعةً، أو حُدوثَ مرَضٍ، أو بُطْءَ بُرْء، ولم يُبيحوا) التيمُّمَ (بمُطلَق المرض، مع أن مَشقَّة السفر دون مَشقَّة (ذلك)، أي: مطلق المرض، (بكثير)، أي: ومع ذلك أباحُوا به التيمُّمَ.

(و) أيضًا (لم يُوجِبوا شِراءَ الماء) للطَّهارة (بزيادة فاحشةٍ على قيمته)، بأن يكون على ضِعْف القيمة في الموضع الذي وقعَتْ الحاجةُ إلى شرائه، يعني: فأباحُوا به التيمُّمَ، مع أن مَشقَّة تلك الزيادة دون ذلك بكثير.

(لا اليسيرة)، يعني: «بل أوجبوا شراءه بالزيادة اليسيرة التي دون الضعف. وفي كلامه العطف بـ «لا» بعد النفي، ولم يعطفوا بها إلا بعد الإثبات»، كذا في «الحمَوي»[٦].

و[جواب][٧] هذا الإشكال: أما على الأوَّل، فبأنَّه إنما يَرِدُ أن لو جُوِّز التيمُّم في

---

(١) «البحر الرائق»، كتاب الحج، واجبات الحج (٢/ ٣٣٦).
(٢) أي: لو كان الحج على البغل أو الحمار واجبا.
(٣) لأن الواجب لا يتصف بالكراهة. كذا في «عمدة الناظر».
(٤) «عمدة الناظر» (ل/ ١٦١/ ب).
(٥) في (ع) و(ح): (موجب).
(٦) انظر: «غمز العيون» (١/ ٢٧٠).
(٧) ما بين المعقوفتين زيادة مقدرة لاستقامة العبارة.

السفر من غير حاجة إلى انضمام بُعْد الماء مِيلا أو غيرِ ذلك من الأعذار المعروفة، وأما مع واحد منها فلا إشكالَ أصلا.

وأما على الثاني، فبأنَّ حُرْمةَ مالِ المُسلم كحُرمة دمه، فكونُ المَشقَّة بتلك الزيادة دونَ المرَض[1] مُسلَّم.

[الفائدة الثانية: أنواع تخفيفات الشرع]

الفائدة (**الثانية**) من تلك الفوائد: (**تخفيفاتُ الشَّرْع أنواعٌ**) كثيرة:

[النوع الأول: تخفيفُ إسقاط]

النوع (**الأوَّل: تخفيفُ إسقاط، كإسقاطِ العبادات عند وُجود الأعذار**) الشرعية، كسُقوط الصلاة بالحيض والنِّفاس والجُنون والإغماء، وسقوطُ الحجِّ بعدم أمْن الطِريق، وسقوطُ الجهاد بالعَمى والعَرَج والمرَض إلى غير ذلك.

[النوع الثاني: تخفيف تنقيص]

النوع (**الثاني: تخفيف تنقيص، كالقَصْر**) للصَّلوات الرُّباعية في السفر، لكن كونُه من ذلك النوع إنما هو (**على القول بأن الإتمام أصلٌ**)، كما هو عند الشافعي، (**وأما على قولنا بأن القَصْر**)، أي: كونها ركعتَين، (**أصلٌ، والإتمامُ فرضٌ بعده**)؛ لقول عائشة رضي الله عنها: «فُرضت الصلاةُ ركعتَين ركعتَين، فأُقِرَّت صلاةُ السفَر، وزِيدَ في صلاة الحضَر»[2]، (**فلا**) **يكون من هذا القَبيل إلا صُورةً**، بمعنى أنه لو لم يكن مسافرًا لصلَّى أربعًا.

---

(١) قوله: (دون المرض)، خبر لـ(فكون).

(٢) رواه بهذا اللفظ مسلم في «صحيحه»، كتاب صلاة المسافرين وقصرها، باب صلاة المسافرين وقصرها، برقم (٦٨٥).

[النوع الثالث: تخفيف إبدال]

النوع (الثالث: تخفيفُ إبدالٍ، كإبدال الوُضوء والغُسْل بالتيمُّم)، فإنه بدلٌ مُطلَقٌ عند عدم الماء، وليس بضروريٍّ عندنا، يرتفع به الحدَثُ إلى وقت وجود الماء، لا أنه مُبِيحٌ للصلاة مع قيام الحدَث، كما هو عند الشافعي، فإنه عنده بدلٌ ضروريٌّ مبيح مع قيام الحدث حقيقة، فلا يجوز عنده قبل الوقت، ولا يصلي به أكثر من فرض.

ثم إنه، بعد الاتفاق على أنه بدلٌ مطلقٌ ليس بضروريٍّ، وقَع الخلافُ في البدَلية، فعند الإمام وأبي يوسف: البدَليَّة بين الماء والتُّراب، وعند محمد: بين الفعلَين. ويَتفرَّع عليه جوازُ اقتداء المُتوضِّئ بالمُتيمِّم عندهما، لا عنده.

واعلَم أن مشايخَنا قالوا: التُّراب مُطهِّرٌ بشرط عدم الماء، فإذا وُجِد الماء: فُقِد الشرطُ، فيُفقَد المشروط، وهو طُهوريَّة التُّراب؛ لأن الشرطَ المُساوي يلزَم من عدمه عدمُ المشروط، فلا يُنافي ما تحرَّر في الأُصول أن الشرط لا يلزَم من عدمه عدمٌ، ولا من وجوده وجودٌ ولا عدمٌ، ولا خَفاءَ أن عدم الماء وجوازَ التيمُّم كلٌّ منهما مُساوٍ للآخَر، فجاز أن يستلزمه.

لا يقال: لا نُسلِّم مُساواتَهما؛ لجوازه[1] مع وجود حالة المرض؛ لأنا نقول: ليس بموجودٍ حالةَ المرض؛ لأن المراد بالوجود القُدرةُ، وهو ليس بقادرٍ حالَ المرض.

(و)كإبدال (القيام في الصلاة بالقُعود والاضطجاع، وكـ)إبدال (الرُّكوع والسُّجود بالإيماء، وكـ)إبدال (الصِّيام بالإطعام).

---

(١) أي: التيمم.

[النوع الرابع: تخفيف تقديم]

(النوع الرابع: تخفيفُ تقديم، كـ)التقديم الكائن في (الجَمْع) بين صلاة الظُّهر والعصر وقتَ الظُّهر «بشرط الإمام الأعظم أو نائبه عنده، وعندهما: لا يُشتَرط سِوى الإحرام، وهو قولُ الثلاثة»، «در منتقى»(١)، والإحرامِ، بأذانٍ وإقامتَين، وقراءةٍ سِرِّيَّة، ولم يُصَلِّ بينهما شيئًا، قيل: ولا سُنَّة الظُّهر؛ لأنهما كصلاةٍ واحدة، حتى لو ظهَر فسادُ الظُّهر: أُعيدَ العصرُ وإن أُدِّي(٢) في وقته مع الطهارة، «نهاية». نعم؛ في «المحيط»: لو تنفَّل سِوى سُنَّة الظُّهر: يُؤذِّن ثانيًا(٣). فلا يجوز القصرُ للمُنفرِد في أحدهما، حتى لو أدرَك الإمامَ في العصر وقد فاته الظُّهر معه: لا يَجمَع بينهما، ولا لمن صلَّى الظُّهر مع الإمام ثم أحرَم بالحجِّ، لا يصلِّي معه العصرَ، كما لو صلَّى الظُّهرَ مُحرِمًا بالعُمرة، ثم صلَّى العصرَ مُحرِمًا بالحج: لا يجوز له الجمعُ، «منح».

(بعَرَفاتٍ) لصيانة الجماعة؛ إذ بعد التفرُّق من الموقف يعسُر الاجتماعُ لهما.

(و)كتقديم (الزكاة(٤)على الحَوْل، و)كتقديم (زكاة الفِطر) على يوم الفطر،

---

(١) «الدر المنتقى»، كتاب الحج، فصل: إذا دخل مكة (١/ ٤٠٧).

(٢) أي: العصر.

(٣) انظر: «الدر المنتقى»، كتاب الحج، فصل: إذا دخل مكة (١/ ٤٠٧).

(٤) في هامش (ع) و(ب): (قوله: تقديم الزكاة، كما تقرر في الأصول أن السبب إذا وجد صح الأداء وإن لم يجب. والسبب في وجوب الزكاة المال النامي، والحول شرط لوجوب الأداء، فإذا ملك نصابا، كمائتي درهم مثلا، فأدى لسنين: جاز، حتى إذا ملك في كل منها نصابا: أجزأه ما أدى. وكذا إذا كان له نصاب واحد، فأدى لنصب أثناء الحول، فبعد ما تم الحول: أجزأه ما أدى، يعني: إن مسألة ما إذا عجل لنصب بعد ملك نصاب واحد مقيَّدةٌ بما إذا ملك ما عجل عنه في سنة التعجيل، فلو كان عنده مائتا درهم فعجل زكاة ألف، فإن استفاد مالا أو ربح حتى صارت ألفا، ثم تم الحول وعنده ألف: فإنه يجوز التعجيل، وتنوب عنه زكاة الألف، وإن تم الحول، ولم يستفد شيئا، ثم استفاد: فالمعجل لا يجوز عن زكاتها، فإذا تم الحول من حين الاستفادة: كان عليه أن يزكي، «بحر»).

وذلك التقديم يجوز أن يكون (في رمضانَ و)أن يكون (قبله على الصحيح). وقال خلَفُ بن أيوب: يجوز تعجيلُها في رمضان، لا قبله. وهكذا ذكره الإمام محمد بن الفضل، وهو الصحيح. وفي «الظهيرية»: وعليه الفتوى. وقال الحسَن بن زِياد: لا يجوز تقديمُها أصلا، كالأُضحية.

وعلى الصحيح، لا بد أن يكونَ (بعد مِلك النِّصاب في الأوَّل)، أي: تقديم الزكاة، وبعد وُجود الرَّأس بصفة المُؤْنة والوِلاية في الثاني[(١)]).

[النوع الرابع: تخفيف تأخير]

النوع (الخامس: تخفيف تأخير، كـ)التأخير الكائن في (الجَمْع) بين المَغرب والعِشاء (بمُزدَلفة[(٢)])، وكـ(تأخير صومِ رمضانَ للمريض والمُسافر، و)كـ(تأخير الصَّلاة عن وقتها في حقِّ مُشتغِلٍ بإنقاذِ غَريقٍ ونحوه)، «كالقابِلة، بحيث إنها لو اشتغلت بالصلاة تَخافُ هلاكَ الولد: يجوز لها تأخيرُ الصلاة عن وقتها، وكخَوف

(١) في هامش (ع) و(ب): (قوله: في الثاني: فإنه السبب في صدقة الفطر، والفطر شرط الوجوب، فصار كالزكاة يجوز تقديمها على الحول بعد ملك النصاب، وليس هذا قياسا؛ لأن حكم الأصل على خلاف القياس، لكنه وجد فيه دليل، وهو حديث «كانوا يعطون قبل الفطر بيوم أو يومين». وإطلاق التقديم ولو على رمضان، صححه في «الهداية» و«الزيلعي»، وصحح رواية الدخول صاحب «الظهيرية». قال في «المنح»: وقد اختلف التصحيح، لكن الفتوى على رواية الدخول، فليكن العمل عليه، «بحر». ومشى عليه في «التنوير»، انتهى).

(٢) في هامش (ع) و(ب): (قوله: بمزدلفة: بإذان وإقامة؛ لأنه فعل عليه الصلاة والسلام هكذا، كما في «مسلم»، فلا يقاس على جمع عرفات. وأشار إلى أنه لا يفصل بينهما، ولا بسنة مؤكدة على الصحيح. ولو تطوع بينهما: أعاد الإقامة، كما لو اشتغل بعمل آخر، «منح». ولو صلى المغرب في الطريق أو في عرفات: أعاد ما لم يطلع الفجر. ولو صلى العشاء قبل المغرب بمزدلفة: أعاد العشاء فإن لم يعدها حتى طلع الفجر: عاد العشاء إلى الجواز، «تنوير»).

اللِّصّ ونحوه»، كما في مواقيت «الخلاصة»[١]. «وكذا الراعي إذا خاف الذِّئبَ على غنَمه، أو المسافرُ إذا ندَّت دابَّتُه، أو اشتغل بإنقاذِ أعمى»، «بيري»[٢].

[النوع السادس: تخفيف ترخيص]

النوع (السادس: تخفيف ترخيص، كصلاة المُستجمِر)، أي: كالرُّخصة في صحة صلاة المُستنجِي بالجِمار، (مع بقية النَّجْو في المَخرَج)، سواء كان قدرَ الدِّرْهم أو أكثرَ، ما لم يَتجاوَزْ المَخرجَ، فإنه يحكم له بحكم النجو الخارج عنه حينئذ.

(و)كذا (شُرْبُ الخَمْر للغَصَّة) أو العطَش، ولم يوجد ما يُزيلُها غيره.

[النوع السابع: تخفيف تغيير]

النوع (السابع: تخفيف تغيير، كتغيير نَظْم الصلاة للخوف) من العَدُوِّ أو السَّبُع، كما هو مشهورٌ في بابه.

[الفائدة الثالثة: المَشقَّة تُعتبَر في موضع لا نصَّ فيه بخلافه]

(الفائدة الثالثة: المَشقَّة والحرَج إنما يُعتبَر في موضع لا نصَّ فيه بخلافه، وأما مع النصِّ بخلافه، فلا يُعتبَر).

[تحريم رَعْي حشيش الحرَم وقطعِه للنصِّ]

(ولذا قال)، أي: حكَم، (أبو حنيفة ومحمدٌ رحمهما الله تعالى بحُرمة رَعْي

---

(١) «خلاصة الفتاوى»، كتاب الصلاة، آخر الفصل الرابع في مواقيت الصلاة (١/ ٦٩). وفي هامش (ع): (قوله: مواقيت «الخلاصة»: وكذا الراعي إذا خاف الذئب على غنمه، أو المسافر إذا ندت دابته، أو اشتغل بإنقاذ أعمى، «بيري»).

(٢) انظر: «عمدة ذوي البصائر لحل مهمات الأشباه والنظائر» (١/ ٢١٨).

حشيشِ الحرَم، وبحُرمة قَطْعه، إلا الإذخر[١]. وجوَّز أبو يوسف رحمه الله رَعْيَه)، أي: الحشيش، (للحاجِّ) بسبب الحرج. (ورُدَّ عليه)، أي: على أبي يوسف، (بما ذكرناه) من أن الحرج إنما يُعتبَر فيما لا نصَّ فيه بخلافه؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا يُختلَى خَلاها، ولا يُعضَد شَوْكُها»[٢].

وهذا إنما يَتِمُّ أن لو سلَّم أبو يوسف هذا الأصلَ؛ ألا ترى أنه جوَّز الكَيلَ فيما يُوزَن، والوَزْنَ فيما يُكال؛ عملا بالعُرف، وإن ورَد النصُّ بخلافه.

(ذكَره الزيلعي في باب جناياتِ الإحرام).

وفي «الهداية» في باب الرِّبا: «كلُّ شيءٍ نصَّ رسول الله ﷺ على تحريم التفاضُل فيه كَيلًا فهو كَيليٌّ، وإن ترَك الناسُ الكيلَ فيه، وكلُّ شيءٍ نصَّ رسولُ الله ﷺ على تحريم التفاضُل فيه وَزْنًا فهو مَوزُونٌ أبدًا، وإن لم يَنُصَّ عليه: فهو محمولٌ على العادة. وعن أبي يوسف: أنه يعتبر العُرفَ على خلاف المنصوص عليه أيضًا؛ لأن النصَّ على ذلك لمكان العادة، فكانت هي المنظورَ إليها، وقد تبدَّلت»[٣]، انتهى.

فقد علمتَ أن هذا ليس بمذهبٍ له، وإنما هي روايةٌ عنه، إلا أن يقال: هذا الردُّ تحقيقيٌّ، لا إلزاميٌّ، تأمل.

[تغليظُ نجاسات الأَرْواث للنصِّ]

(وقال) الزيلعي (في باب الأنجاس: إن الإمام يقول بتغليظ نجاساتِ الأرواث)،

---

(١) في هامش (ع) و(ب): (قوله: الإذخر: وأما إن انقطع بحفره شيء من الحشيش، أو بالوقود، أو بضرب الفسطاط: فلا شيء عليه؛ لعدم إمكان التحرز عنه، فيكون مستثنى، «منح»).

(٢) رواه بنحوه البخاري في «صحيحه»، كتاب المغازي، باب غير معنون، برقم (٤٣١٣).

(٣) «الهداية» مع «فتح القدير»، كتاب البيوع، باب الربا (٧/ ١٤ ـ ١٥).

وكذا الخَثْيُ والبَعْر؛ (لقوله عليه السلام) لما أخَذ الحجرَين وألقَى الرَّوْثة: («إنها رِكْسٌ»[١]، أي: رِجْسٌ)، ولم يُعارِضْه نصٌّ آخَر.

(ولا اعتبارَ عنده بالبَلوى في موضع النصّ، كما) لا يعتبِر عمومَ البَلْوَى (في بول الآدمي، فإن البَلوى فيه أعمُّ). وعندهما: مُخفَّفة؛ لاختلاف العلماء، فإن مالكًا يرَى طهارةَ الأرواث لعُموم البلوى فيها؛ لامتلاء الطُّرُق بها، (انتهى كلامُه[٢]).

واعتَرضه في «الفتح»، قال: «وما قيل: إن البلوَى لا تُعتبَر في موضع النصّ عنده، كبول الإنسان، ممنوعٌ، بل تُعتبَر إذا تحقَّقت[٣] بالنصّ المُنافي للحرج» - أعني: لا حرجَ في الدين - «وهذا ليس مُعارَضةَ النصّ بالرأي، بل مُعارَضةُ النصّ بالنصّ. والبلوى في بول الإنسان بالانتضاح كرُؤوس الإبر، لا فيما سواه؛ لأنها إنما تتحقَّق بأَغلبِيَّة عُسْر الانفكاك، وذلك إن تحقَّق في بول الإنسان فكما قلنا. وقد رتَّبنا مقتضاه إذْ أسقَطْنا اعتبارَه»[٤]، انتهى.

وقد يقال: إن موضع البلوى ما انتضَح من البول، وموضعُ النصّ ما سِواه، فلا اعتبارَ للبلوى في موضع النص.

ثم قيل: قد رُوي عن أبي هريرة أن العَظْم والرَّوْثة من طعام الجِنّ[٥]، وهذا يدلُّ على طهارة الرَّوث، فيُعارِض ما روينا، فكيف يصِحُّ القولُ بأنه لم يُعارِضْه نصٌّ آخَرُ

---

(١) رواه بنحوه البخاري في «صحيحه»، كتاب الوضوء، باب لا يستنجى بروث، برقم (١٥٦)؛ والترمذي بهذا اللفظ في «سننه»، أبواب الطهارة، باب في الاستنجاء بالحجرين، برقم (١٧).

(٢) «تبيين الحقائق»، كتاب الطهارة، باب الأنجاس (١/ ٧٤).

(٣) أي: البلوى.

(٤) «فتح القدير»، كتاب الطهارات، باب الأنجاس وتطهيرها (١/ ٢٠٤).

(٥) رواه البخاري في «صحيحه»، كتاب مناقب الأنصار، باب ذكر الجن، برقم (٣٨٦٠).

يُخالفه؟ وأُجيب بأنه يدلُّ على الطهارة بطريق الإشارة، وما روينا يدلُّ على النّجاسة بطريق العِبارة، والإشارةُ لا تُعارِض العِبارة.

(وفي «شرح مُنية المُصلّي»: من المُتأخّرين)، خبرٌ مُقدَّم، مُبتدؤه: (مَن زاد في تفسير) النّجاسة (الغليظة على قول أبي حنيفة) بأنها ما ثبَت نجاستُه بنصٍّ لم يُعارِضه نصٌّ آخَرُ يُخالِفه، وإن اختلف العلماءُ في نجاسته وطهارته؛ لأنه لا عِبْرة بالاجتهاد في مُقابَلة النصِّ.

(ولا حرَجَ في اجتنابه، كما في «الاختيار»[1])، فيَلزم أن يكون عمومُ البلوى مُعتبَرةً عنده في موضع النصِّ، على خلاف ما ذكره آنفا.

(و)زاد (في) تفسير (الغليظة عندهما) مما اتّفق العلماءُ على نجاسته، (ولا بَلوى في إصابته، كما في «الاختيار»[2] أيضًا و«المحيط»).

(وهي)، أي: تلك الزيادة، (زيادةٌ حسَنةٌ يَشهدَ لها بعضُ فُروع الباب. والمراد بكونه: ولا حرَج في اجتنابه ولا بَلوى في إصابته، على اختلاف العبارتَين إنما هو بالنسبة إلى بعض المُكلَّفين)، الصادق بالقليل والكثير، لا بالنسبة إلى كل واحد، أي: فيكون من سَلْب العُموم، لا من عُموم السَّلْب.

(فيقع الاتفاقُ) بين الإمام وصاحبَيه (على صِدْق القضيّة المشهورة، وهي)، أي: تلك القضية، (أن ما عمَّت بَلِيّتُه خفَّت قضِيّتُه، انتهى) كلامُ «شارح المُنْية»[3]، والله أعلم.

[الفائدة الرابعة: قاعدة «الأمر إذا ضاقَ اتَّسَع، وإذا اتَّسَع ضاق»]

(الفائدة الرابعة) من تلك الفوائد: (ذكَر بعضهم)، وهو الإمام الشافعي رحمه الله

---

(١) «الاختيار لتعليل المختار»، كتاب الطهارة، باب الأنجاس وتطهيرها (١/ ٣١).

(٢) «الاختيار لتعليل المختار» (١/ ٣١).

(٣) انظر: «حلبة المجلي» لابن أمير حاج، فصل في النجاسة (١/ ٤٠٥ ـ ٤٠٦).

تعالى، (أن الأمرَ إذا ضاق)، أي: شقَّ، (اتَّسَع)، أي: ترخَّص عن الأَقْيِسة وطَرْد القواعد، (وإذا اتَّسَع ضاقَ).

(وجَمَع)، أي: وُفِّق، (بينهما)، أي: هاتَين القضِيتَين المُتعاكِستَين، (بعضُهم)، وهو الغزاليُّ[(١)]، (بقوله: كلُّ ما تجاوَز عن حدِّه انعكَس إلى ضِدِّه[(٢)])، فإنه شاملٌ لهما، ونوَّر[(٣)] ذلك بقوله: «ألا ترى أن العملَ القليل في الصلاة لما اضطرَّ إليه سُومِح فيه، وكثيرُه لما لم يكن به حاجةٌ لم يُتَسَامَحْ فيه»[(٤)].

(ونظيرُ هاتَين القاعدتَين) المذكورتَين (في التعاكُس قولُهم: يُغتفَر في الدَّوَام ما لا يُغتفَر في الابتداء، وقولُهم: يُغتفَر في الابتداء ما لا يُغتفَر في البقاء). ولو ذكر الدَّوَامَ فيهما أو البَقاءَ كذلك: لكان أظهرَ في التعاكُس.

(وسيأتي إن شاء الله) في ذَيْل قاعدة «التابع» (ذِكْرُ فروعِهما)، أي: القاعدتَين الأَخِيرتَين، والله سبحانه وتعالى أعلمُ.

---

(١) في «إحياء علوم الدين»، كما ذكره الحموي. انظر: «غمز العيون» (١/ ٢٧٣).

(٢) «إحياء علوم الدين»، كتاب الحلال والحرام (٢/ ١٠٧).

(٣) أي: الغزالي. وقد تبع الشارحُ الحمويَّ في هذه النسبة، وليس هذا قول الغزالي. فقد ذكره السيوطي في «الأشباه والنظائر» عن ابن أبي هريرة. والله أعلم.

(٤) «الأشباه والنظائر» للسيوطي، الكتاب الأول، قبيل القاعدة الرابعة «الضرر يزال» (ص ٨٣).
وفي هامش (ع): (قال في «الإحياء»: إذا اختلط حرام لا يحصر بحلال يحصر، كما في أموال زماننا، لا يحرم بهذا الاختلاط أن يتناول شيئا منها بعينه؛ إذ يحتمل أن يكون حراما وحلالا، إلا أن يقترن بذلك العين علامة تدل على أنه من الحرام، وإن لم توجد فتركه ورع وأخذه حلال لا يفسق به آكله. ومن علاماته أن يأخذ من يد السلطان الظالم. ثم قال: إنما لا يحرم؛ لأن الأصل الحل إلا بعلامة معينة، كما في طين الشوارع، وأقول: لو طبق الحرام الدنيا حتى علم يقينا أنه لم يبق في الدنيا حلال لكنت أقول: يعفى عما سلف، ونقول: ما تجاوز حده انعكس على ضده، فمهما حرم الكل حل الكل، انتهى).

[القاعدة الخامسة: الضَّرَرُ يُزَال]

(القاعدة الخامسة: الضَّرَرُ يُزَال)، «وهي إحدى القواعد الأربَعِ التي ردَّ القاضي حُسين مذهبَ الشافعي إليها»، كما في «شرح المُناوي»[١].

(أصلُها)، أي: هذه القاعدة، (قولُه ﷺ: لا ضَرَرَ ولا ضِرار). زاد في «التلويح»: «في الإسلام»، وعدَّه من جَوَامِع الكَلِم[٢].

(أخرجه مالكٌ في «المُوطَّأ» عن عمر بن يحيى، عن أبيه مُرسَلاً[٣])، أي: لم يذكر الواسطة بينه وبين النبي ﷺ.

(وأخرجَه الحاكمُ في «المُستدرَك»[٤]، والبيهقيُّ[٥]، والدارقُطني[٦] من حديث أبي سعيد الخُدري، وأخرجه ابنُ ماجه من حديث ابن عبَّاس وعُبادةَ بنِ الصَّامت[٧]).

(وفسَّره)، أي: الحديث، (في «المُغرِب») للمُطرِّزي (بأنه لا يضُرُّ الرجلُ أخاه ابتداءً ولا جَزاءً[٨]، انتهى).

---

(١) «فيض القدير» (٢/ ٥٠١).

(٢) انظر: «التلويح على التوضيح»، تعريف أصول الفقه باعتبار الإضافة (٢/ ٢٤).

(٣) رواه في كتاب الأقضية، باب القضاء في المرفق، برقم (٢٧٥٨).

(٤) رواه في كتاب البيوع، برقم (٢٣٤٥)، وقال: «صحيح الإسناد على شرط مسلم، ولم يخرجاه» وقال الذهبي: «على شرط مسلم».

(٥) رواه في «السنن الكبرى»، كتاب الصلح، باب لا ضرر ولا ضرار، برقم (١١٣٨٤).

(٦) رواه في «سننه»، كتاب البيوع، برقم (٣٠٧٩).

(٧) رواه في أبواب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، برقم (٢٣٤٠).

(٨) «المغرب في ترتيب المعرب»، باب الضاد، الضاد مع الراء (ص ٢٨٢).

وفسَّره المُناوي بأنه «لا يضُرُّ الرجلُ أخاه فيُنقِصُه شيئًا من حقِّه، «ولا ضِرارَ»، فِعالٌ بكَسْر أوَّلِه، لا يُجازي مَن ضرَّه بإدخالِ الضَّرَر عليه، بل يعفُو. فالضَّرَر: فعلُ الواحد، والضِّرارُ: فعلُ الاثنَين، أو الضَّرَرُ: ابتداءُ [الفعل]، والضِّرارُ: الجزاء عليه»[1]، انتهى. قيل: وهما بمعنًى واحد، «علقمي»[2].

(وذكَره)، أي: هذا الحديث، (أصحابُنا في كتاب الغَصْب[3] والشُّفعة وغيرهما).

[ما يتفرَّع على هذه القاعدة]

(ويُبتَنَى على هذه القاعدة كثيرٌ من أبواب الفقه، فمن ذلك) المُبتنَى:

[جميع أنواع الخَيارات، والحَجْر، والشُّفعة]

(الردُّ) للمَبيع على البائع، أو المُستأجَر على المُؤجِّر (بالعَيب).

(و)من ذلك: (جميع أنواع الخِيارات، والحجر بسائر أنواعه[4])، ولو بالسَّفَه

---

(١) «فيض القدير» (٦/ ٤٣١).

(٢) هو الفقيه، شمس الدين، محمد بن عبد الرحمن العلقمي، القاهري، الشافعي، من تلامذة الإمام السيوطي. له: «الكوكب المنير شرح الجامع الصغير». توفي سنة ٩٦٩هـ. انظر: «الأعلام» للزركلي (٦/ ١٩٥).

(٣) في هامش (ع) و(ب): (ردًّا على الشافعية في قولهم: إذا خلط الغاصب العين المغصوبة ملكها، كساحة بنى فيها بحيث لا يمكن إخراجها إلا بتسليم البناء، فإن المالك يهدم البناء ويأخذها؛ لأنه وجد عين ملكه. وقال أصحابنا: انقطع حق المالك عنه بذلك البناء؛ لأن في قلعه ضررا، والضرر يزال لقوله عليه الصلاة والسلام: لا ضرر ولا ضرار في الإسلام. وضرر المالك مجبور لدفع القيمة، فلا يعد ضررا، انتهى).

(٤) في هامش (ع) و(ب): (المتفق عليه والمختلف فيه. أما المتفق عليه فالحجر بسبب الصبا والرق =

عندهما، (على المُفتَى به، والشُّفعة، فإنها) شُرِعت (للشريك لدَفْع ضَرَر القِسْمة[١]، و)شُرِعت (للجارِ لدفع ضَرَر الجار السُّوء).

ولبيان أن للجار ضرَرًا أَوْرَدَ ما قيل[٢]: (بجِيرانِها تَغلُو الدِّيارُ وترخُص[٣])، أي: في الثمن.

[القِصاصُ والحُدود، والكفَّارات، وضمان المُتلَفات]

(و)من ذلك: (القِصاص والحُدود)؛ فإن الطِّباعَ البشَريَّة والشَّهْوة النَّفسانيَّة مائلةٌ إلى قضاء الشهوة، واقتضاءِ المَلاذِّ، وتحصيلِ مقصودها ومحبوبها من الشُّرب والزِّنا والتشفِّي بالقتل، وأخذِ مال الغير، والاستطالة على الغير بالشَّتْم والضَّرْب، خصوصًا من القويِّ على الضعيف، ومن العالي على السافِل، فاقتضَتْ الحِكمةُ شَرْعَ هذه الحُدود حَسْمًا لهذا الفسادِ وزَجْرًا عن ارتكابه، ليبقَى العالَمُ على نَظْم الاستقامة،

= والجنون، وألحق بها المفتي الماجن الذي يعلم الناس الحيل المؤدية إلى الضرر، «قهستاني»، أو الجاهل، والطبيب الجاهل والمكاري المفلس. وأما المختلف فيه، فالحجر على المديون والسفيه، منعهما أبو حنيفة، وجوّزاه، والمتون على قوله، وهنا المفتى به قولهما، انتهى).

(١) في هامش (ع) و(ب): (فيه أن هذا قول الشافعي رحمه الله، وأصحابنا يقولون: إنما شرعت لدفع ضرر الجار، ولذا قال (أي: الشافعي): لا شفعة فيما لا ينقسم من العقار كالحمام والرحى لدفع أجرة القسام، ونحن نقول به لدفع ضرر الجار).

(٢) في هامش (ع) و(خ): (قوله: ما قيل، أي: نظما، وصدرُه:

يلومونني أن بعت بالبَخْس منزلي ... وما علموا جارًا هناك يُنغِّصُ

فقلت لهم: كُفُّوا المَلامة وأقصِروا ... بجيرانها تغلُو الدِّيار وترخُصُ

انتهى من هامش نسختي «الأشباه»، وهي مأخوذة من «حاشية أبي السعود»).

(٣) انظر: «فصل المقال في شرح كتاب الأمثال» لأبي عبيد البكري (ص ٣٩٢).

فإن إخلاءَ العالَم عن إقامة الزَّوَاجِر يُؤدِّي إلى انخرامه، وفيه من الفساد والضَّرَر ما لا يخفى، وإليه الإشارةُ بقوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ﴾ [البقرة: ١٧٩]، ومن كلام حُكماء العرب: «القتلُ أنفى للقتل»(١).

(و)من ذلك: (الكفَّارات)؛ فإنَّ في مَشروعِيَّتها دفعَ ضررٍ عن الفاعل من حَرِّ عذابِ جهنَّم؛ بناءً على أنها كاسمِها كفَّارةٌ للذَّنب.

(و)من ذلك: (ضَمانُ المُتلَفات).

[الجَبْر على القِسْمة بشَرْطِه]

(و)من ذلك: (الجَبْر على القِسْمة بشَرْطه) من كَونِ كُلٍّ من الشريكَين أو الطالِب منهما مُنتفِعًا بنَصيبه بعد القسمة.

وهذا شرطٌ للجَبْر على القسمة، لا شرطٌ للقسمة بالتَّراضي، فيَقسِم القاضي العُروضَ جَبْرًا في مُتَّحِدي الجنس وبالتَّراضي في مختلِفه، ويقسم المُشتَركَ بطلبِ أحدهم إن انتفَع كلٌّ بنصيبه بعد القسمة، وإن تضرَّر الكلُّ: لم يقسم إلا برِضاهم، وإن تضرَّر البعضُ وانتفَع الآخَرُ: يقسم بطلب ذي الكثير فقط، وقيل: يقسم بطلب أيِّهما. ولو سكَن أحدُ الشُّركاء: ليس للآخَر أُجرةُ حِصَّته، ولا المُهَايَأة بقدر ما سكَن؛ إذ المُهَايَأةُ إنما تكون بعد الخُصومة. وهذا في المِلك، وأما الوقف، فإذا سكَنه بدون إذنِ الشريك: فله الأجرُ، كما في «فتاوى الحانوتي».

[نَصبُ الأئمَّة والقُضاة، ودفعُ الصائِل، وقتالُ المشركين والبُغاة]

(و)من ذلك: (نصب الأئمة والقُضَاة) لدَفْع ضرَر الناس بعضِهم بعضًا.

---

(١) نسبه أبو منصور الثعالبي في «ثمار القلوب في المضاف والمنسوب» (ص ١٧٨) إلى أزدشير، أحد ملوك الجاهلية.

المسلمين.

(و)من ذلك: (دفعُ الصَّائل) عن نفسه أو عن المسلمين.

وفي «الحدَّادي»: «من ركب دارَ غيره لإطفاء حريقٍ واقعٍ في البلد، فانهدَم جِدارٌ من الدار بركوبه: لم يضمَنْ قيمةَ الدار؛ لأن ضرَرَ الحريق عامٌّ على المسلمين، فكان لعامَّة المسلمين دفعُ ذلك عنهم، كما إذا حمَل العَدُوُّ على المسلمين، فدفَع عنهم رجلٌ ذلك العَدُوَّ بآلةِ غيره حتى تلِفَتْ: لم يضمَن من قيمتها شيئًا»[1]، انتهى.

«ولو صالَ الأبُ على ابنه، ولم يُمكِنْه دفعُه إلا بقتله: قتَلَه»، «زيلعي»[2]، بخلاف ما إذا أُكرِه على قتل غيرِه، لا يُباح له قتلُه، «ولو قتَله: أثِم؛ لأن قتلَ المسلم لا يُستباح لضرورةٍ مَّا، إلا أن يعلم[3] أنه لو لم يقتُلْه قتَله»، «درر»[4].

وفي «الشُّرنبُلالية»: «الحَضْر منقوضٌ[5] بإتيانه حليلتَه، وبإخراجه للسرقة إذا لم يُلقِها بالصِّياح عليه»[6]، انتهى.

---

(١) «الجوهرة النيرة»، كتاب الغصب (١/ ٣٤٣).

(٢) انظر: «تبيين الحقائق»، كتاب السير (٣/ ٢٤٥).

(٣) في هامش (خ): (قوله: إلا أن يعلم، استثناء من التعليل الذي هو قوله: لأن قتل المسلم لا يستباح... إلخ، وليس راجعا لمسألة الإكراه، انتهى. يعني: لا يستباح قتل المسلم لضرورة ما إلا إذا كان بطريق الدفع، بأن صال عليه وعلم أن لو لم يقتله قتله، فحينئذ يباح قتله دفعا عن نفسه، هذا هو المراد، فلا تعلق للاستثناء بمسألة الإكراه، «أبو السعود»).

(٤) «درر الحكام»، كتاب الإكراه، شروط الإكراه (٢/ ٢٧١).

(٥) في هامش (خ): (قوله: منقوض بإتيانه... إلخ، أي: يجوز قتل الشخص الذي يزني بحليلته إذا لم ينزجر بالصياح، ويجوز قتل السارق بإخراجه السرقة إذا لم يقلها بالصياح عليه، انتهى).

(٦) «غنية ذوي الأحكام»، كتاب الإكراه، شروط الإكراه (٢/ ٢٧١).

ثم إن قضية الاستثناء في كلام «الدُّرَر» يقتضي إباحةَ قتل الصائل، والمُصرَّح به في كلام «الزَّيلعي» وجوبُ قتله؛ قال[١] في «كتاب السير»: «دفعُ الهَلاك بحيث أمكَن واجبٌ»[٢]، انتهى.

وأجاب في «العناية» بأن «معنى قوله: «حيث أمكنَ واجبٌ»، أي: ثابتٌ في سِوى المُرخَّصات، فيما قالوا: إنه لو أكره على إجراء كلمة الكُفْر، أو قتل غيرِه، أو الزِّنا[٣]، فإنه يُرخَّص له، حتى لو صبَرَ حتى قُتِل فهو شهيدٌ»[٤]، «شيخنا»[٥].

«وهل يجوز قتلُ المُفسِد إذا غلَب على ظنِّ حاكم السياسة أنه لا يَنزجِرُ إلا بالقتل؟ ففي «جواهر الفتاوى»: سئل الناصحي عن ذلك، فقال: القتل مشروع وجوبا لفساده.

وسُئل عن قتل الزنبور والحَشرات المُؤذية، كالكلب وغيره، فقال: يجب قتلُ الآدمي المُؤذي فضلا عن غيره إذا كان مُؤذِيا»، «شيخنا»[٦].

(و)من ذلك: (قتالُ المشركين والبُغاة).

---

(١) أي: الزيلعي.

(٢) «تبيين الحقائق»، كتاب السير (٣/ ٢٤٦).

(٣) في هامش (خ): (قوله: أو قتل غيره، أو الزنا. هذا خطأ فاحش، مخالف لما في المتون؛ فإن القتل والزنا لا يرخصان بالإكراه بالقتل ولا بغيره. نعم؛ يرخص له إجراء كلمة الكفر وقلبه مطمئن بالإيمان، ولو صبر حتى قتل: كان شهيدا، وخيبة الله على ناسخ هذا الكتاب أو على مؤلفه إن كان أصله هكذا، والله أعلم، انتهى).

(٤) «العناية»، كتاب السير، باب الموادعة ومن يجوز أمانه (٥/ ٤٦٠).

(٥) «عمدة الناظر» لأبي السعود (ل/ ١٦٦/ ب ـ ١٦٧/ أ).

(٦) «عمدة الناظر» لأبي السعود (ل/ ١٦٧/ أ).

[دفعُ ضرَرِ الجيران]

(وفي «البزَّازية» في كتاب الكَراهيَّة: باعَ أغصانَ فِرْصَاد[1]، والمُشتري إذا ارتقَى لقَطْعِها)، أي: الأغصان، (يَطَّلِع على عَوراتِ الجيران: يُؤمربأن يُخبِرَهم وقتَ الارتقاء ليَستَتِرُوا مرَّةً أو مرَّتَين)، مُتعلِّق بـ «يُخبِر»، (فإن فعَل ذلك): فبِها ونِعْمَت، (وإلا رفَع الأمرَ إلى الحاكم ليَمنعَه من الارتقاء»[2]، انتهى)، فكان ذلك المنعُ لدفع ضررِ الجيران.

[قاعدة «الضرر يزال» مُتَّحِدةٌ أو مُتداخِلةٌ مع قاعدة «المَشقَّة تجلِبُ التيسير»]

(وهذه القاعدة)، أي: قاعدة «الضَّرَر يُزال»، (مع القاعدة التي قبلها)، أي: قاعدة «المَشقَّة تجلِب التيسير»، (مُتَّحِدةٌ) إن تساوَيا في التحقُّق، أي: كلَّما تحقَّقت تلك تحقَّق هذه وبالعكس، وحينئذ لا فائدةَ في ذكرها، (أو مُتداخِلةٌ[3]) إن كان بينهما عمومٌ وخصوصٌ مُطلقٌ أو من وجه.

(ويتعلَّق بهما قواعدُ):

[القاعدةُ المُتفرِّعة الأُولى: الضَّرُورات تُبِيحُ المَحظُورات]

القاعـدة (الأُولـى: الضَّـرورات تُبيـح المَحظُـورات). أصلُهـا قولُـه تعالى: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا ٱضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾ [الأنعام: ١١٩].

---

(١) الفرصاد: شجرة التوت. انظر: «المصباح المنير»، كتاب التاء، التاء مع الواو، (ت و ت)، (ص ٧٨).

(٢) «الفتاوى البزازية»، كتاب الكراهية، الفصل الثاني في العبادات، نوع في السلام (٦/ ٣٥٦).

(٣) في هامش (خ): (قوله: «متحدة»، صوابه: متحدتان. قوله: «متداخلة»، صوابه: متداخلتان، انتهى «حموي» و«أبو السعود». ويجاب بما أشار له سنبل زاده في «شرحه»، بأن قوله: «متحدة»، خبر لقوله: وهذه، وقوله: «مع التي قبلها»، متعلق بالخبر، أعني: «متحدة»، وقوله: «أو متداخلة»، أي: مع التي قبلها، فحذف من الثاني لدلالة الأول، كما لا يخفى).

[فرع: جوازُ أكل الميتة عند المَخْمَصة، وإساغةِ اللُّقمة بالخمر]

(ومن ثمَّة جاز أكلُ الميتة) بقدر دفعِ الهلاك (عند المَخْمَصة)، أي: المَجاعة، وكذا عند التداوي إذا أخبَره طبيبٌ مسلم أن شِفاءَه فيه، ولم يجِدْ من المُباح ما يقوم مقامَه. وإن قال: يتعجَّل شفاؤُك به، فيه قولان. وكذا شُرب الدم والبول للتداوي، وكذا الخمر، إن لم يجِد ما يقوم مقامَها.

وفي «النوازل»: كتَب الفاتحةَ بالدم على جبهته: يجوز. وإن كتب بالبول، إن عرَف أن فيه شفاءً: فلا بأس، لكنَّه لم يُنقَل. وهذا لأن الحُرمة تسقُط عند الاستشفاء؛ ألا ترى أنَّ العطشانَ يُرخَّص له شربُ الخمر، والجائعَ الميتةُ»، انتهى.

وفي صلاة «الجلابي»: اختُلف في الاسترقاء بالقرآن، يجوز[1] أن يُقرَأ على المريض والمَلدُوغ، أو يُكتَب في ورَقٍ ويُعلَّق، أو يُكتَب في طست ويغسله ويُسقَى المريض؟ فأباحَه عطاء ومجاهد وأبو قلابة، وكرِهه النخعيُّ والحسَن البصريُّ وابنُ سِيرين.

(وجاز إساغةُ اللُّقمة بالخمر) عند الغصِّ إذا لم يجِدْ ما يُزيله غيرها.

[فرع: جواز التلفُّظ بكلمة الكُفْر وإتلافِ المال للمُكرَه]

(وجاز التلفُّظ بكلمة الكُفْر للإكراه) المُلجِئ إذا كان قلبُه مُطمئِنًّا بالإيمان.

(و)جاز بالإكراه المُلجِئ (إتلافُ المال)، والضمانُ على الحامِل، لا الفاعِل[2].

وبعضُهم جعَله معطوفًا على «وجاز» من غير مُلاحَظة القيد، أي: وجاز إتلافُ المال، كما إذا خافُوا غرقَ السفينة لكثره حَمْلها: فإنه يُباح تلفُ المال[3]، انتهى.

---

(١) أي: هل يجوز.

(٢) كذا في (ظ)، ولعله الصواب. وفي بقية النسخ: (على الفاعل، لا الحامل).

(٣) في هامش (خ): (قوله: فإنه يباح إتلاف المال. قال أبو السعود: وفي حفظي أنه يوزع على أرباب الأموال، انتهى. أقول: في حفظي: محله ما إذا كان صاحبه حاضرا، أو غائبا وأذن، وستأتي المسألة في آخر «الأشباه»، كاتبه: عبد الرحمن البحراوي).

[فرع: جواز أخذ الدائن من مال المديون المُمتنِع عن أداء الدَّين بغير إذنه]

(و) جاز أيضًا (أخذُ ربِّ الدَّين من مال المديون المُمتنِع عن أداء الدَّين بغير إذنِه) إذا ظفَر بجِنْس حقِّه[١]، حتى «لو كان دينُه ومالُه دراهمَ: قضَى القاضي بإخذِه بلا أمرِه إجماعًا، ولو كان دينُه دراهمَ، وله دنانيرُ، أو بالعكس: بِيعَ الدراهمُ بالدنانير في الثاني، ويعكسه في الأول. ولم يَبعْ القاضي عَقارَه ولا عرضَه في قضاء دينه، لكن يَحبِس المديون[٢] أبدًا حتى يقضي. وعندهما: يبدأ القاضي ببَيع النُّقود، ثم العُروض، ثم العَقار. وقيل: يبدأ ببَيع ما يُخشَى عليه التَّوى، والفتوى على قولهما.

ومَن أفلسَ، وعنده متاعُ [رجلٍ] شرَاه منه، فربُّ المَتاع أُسوةٌ للغُرماء فيه: إن قبضه بإذنه، وإلا فهو أحقُّ به»، «ملتقى» و«شرحه»[٣].

[فرع: جواز دفع الصائل]

(و) جاز أيضًا (دفعُ الصائل، ولو أدَّى) الدفعُ (إلى قتله) إن لم يمكن بدونه، ولا شيءَ بقتله. ثم إن كان الصائلُ صبيًّا أو مجنونًا، شاهرَين سَيفًا: وجبت الدية، ولا قَوَد؛ وإن جملًا مُغتلِمًا[٤]: وجبت به القيمة؛ وإن كان غير ذلك، فإن كان شاهرًا سيفًا أو سلاحًا، ليلًا أو نهارًا، في مصر أو غيره، أو شاهرًا عصًا ليلًا في مصر، أو نهارًا في

---

(١) في هامش (خ): (قوله: بجنس حقه، بل ولو كان غير جنس حقه؛ لكثرة الظلم بالمطل في هذا الزمان. وقوله: حتى لو كان... إلى آخر السوادة، خروج عن موضوع كلام المصنف، ولا يصح تفريعه عليه، بل هو مسألة أخرى، انتهى).

(٢) كذا في (خ). وفي بقية النسخ: (الدار).

(٣) انظر: «ملتقى الأبحر» مع «مجمع الأنهر» و«الدر المنتقى»، كتاب الحجر (٤/ ٥٦ـ٥٩).

(٤) أي: هائجًا من شدة شهوة الضِّراب.

انظر: «المصباح المنير»، كتاب الغين، الغين مع اللام، (غ ل م)، (ص ٤٥٢).

غيره: فلا شيء في قتله. وأما شاهِرُ العصا نهارًا في مصر، فلا يجوز قتلُه، فإن قتَله عمدًا: وجب القصاصُ.

[اشتراطُ عدم نقصان الضَّرُورات عن المَحظُورات]

(وزاد الشافعيةُ) على هذه القاعدة: (بشرط عدمِ نقصانِها)، أي: الضرورة في نظر الشرع عن المحظورات التي اقتضَتْ إباحتَه. (قالوا)، أي: الشافعية، زِدْناه (ليَخرُجَ) عن هذه القاعدة (ما لو كان المَيّتُ نبيًّا، فإنه لا يحِلُّ أكلُه للمُضطرِّ[1]؛ لأن حُرمته)، أي: النبي، (أعظمُ في نظر الشَّرع من مُهْجة المُضطرِّ، انتهى) كلامهم[2].

(ولكن ذكَر أصحابُنا ما يُفيده)، أي: هذا القيدَ، وإن لم يذكُروه صريحًا، (فإنَّهم قالوا: لو أُكره على قتلِ غيرِه بقتلٍ: لا يُرخَّص له)، أي: للمكرَه قتلُ ذلك الغير، (فإن قتله) مع عدم الرُّخصة (أثِم) القاتلُ، وإن لزم القصاصُ[3] في العَمْد، خلافًا لزُفَر؛ (لأنَّ مَفسَدة قتلِ نفسِه)، أي: قتل غيرِه نفسَه[4]، (أخفُّ من مَفسَدة قتلِ غيرِه)، أي: قتله غيرَه، فلا يُنافيه قولُهم: قاتلُ نفسِه أشدُّ إثمًا من قاتلِ غيرِه.

---

(١) في هامش (ع) و(ب): (ولا ينافيه ما في «الذخيرة» أن حرمة الحي أعظم من حرمة الميت، حتى لو ماتت حاملا، وعلِم أن ما في بطنها حيٌّ: يُشَقُّ بطنُها من الجانب الأيسر، وكذا لو كان أكثرُ الرأي ذلك؛ لأن حرمة الأنبياء أعظمُ من حرمة الحي، «شيخنا»).

(٢) «الأشباه والنظائر» للسيوطي، الكتاب الأول، القاعدة الرابعة (ص ٨٤).

(٣) في هامش (ع) و(ب): (على المكره، اسم فاعل، وشرطه أن يكون الآمر مكلفا، وإلا فلا قصاص. ولا يشترط في وجوب القصاص أن يكون المأمور مكلفا كما توهم، وإنما هو شرط الآمر، «شيخنا» عن والده معزيا إلى «تكملة الفتح»).

(٤) في هامش (خ): (قوله: أي: قتل غيره نفسه. المراد من غيره هو المكرِه، يعني: أن قتل المكرِه نفس المكرَه أخف من قتله غيره).

Scanned with CamScanner

(وكذا قالوا: لو دُفِن الميّتُ بلا تكفينٍ: لا يُنبَش عليه؛ لأن مَفسَدة هَتْك حُرمتِه أشدُّ من) مَفسَدة (عدم تكفينه الذي قام السَّترُ بالتُّراب مقامَه).

(وكذا لو دُفِن بلا غُسْل، وأُهِيل عليه التُّرابُ: صُلِّيَ على قبره) ما لم يتفسَّخ، (ولا يُخرَج[١]). يُفهَم من إطلاقه أنه لو كان دُفِن في غير بلده لا يُخرَج من قبره، وهو الحقُّ، وما قاله بعضُ المُتأخِّرين لا يُلتَفت إليه. نعم؛ قبل الدفن لا بأس بالنقل مالم يكن فوقَ مِيلَين، فيُكرَه، «ظهيرية».

ويُخرَج، ولو بعد الدفن، إذا كانت الأرضُ مغصوبةً، أو أُخِذت بالشُّفعة، وصاحبُها مُخيَّرٌ بين أن يُخرِجه منها، وبين أن يُسوِّيَه مع الأرض ويَزرَع عليه. وكذا «يُنبَش لو دُفِن معه مالٌ ولو درهمًا»، «فتح»[٢].

«وليس من الغَصْب ما إذا دُفِن في قبر حفرَه الغيرُ ليُدفَن فيه، فلا يُنبَش، بل يضمن قيمة الحفر، تُؤخَذ من تَرِكَتِه أو من بيت المال»، «شرنبلالي»[٣].

بلِيَ الميّتُ، وصار تُرابًا: يُدفَن عليه غيرُه، وجاز زَرْعُ الأرضِ والبِناءُ عليه، «زيلعي»[٤].

فاستُفيد من ذلك عدمُ كون الضرورة مُبيحةً عند كونها ناقصةً من المحظور، وأما عند استوائهما، فالظاهر أنه يُخيَّر، كما يدل عليه مسألةُ الغَريق الآتية، فيلزم كونُها مُبيحةً أيضًا.

---

(١) في هامش (ع) و(ب): (فإن لم يهل التراب عليه أخرج وغسل وصلي عليه، وكذا لو وضع لغير القبلة أو على شقه الأيسر وجعل رأسه موضع رجليه، ولو سوي عليه اللبن، «منح»).

(٢) انظر: «فتح القدير»، كتاب الصلاة، باب الجنائز، فصل في الدفن (٢/ ١٤١).

(٣) «غنية ذوي الأحكام»، كتاب الصلاة، آخر باب الجنائز (١/ ١٦٧).

(٤) «تبيين الحقائق»، كتاب الصلاة، باب الجنائز، قبيل فصل في تعزية أهل الميت (١/ ٢٤٦).

[القاعدة المُتفرِّعة الثانية: ما أُبيح للضَّرورة يُقدَّرُ بقدرِها]

القاعدة (الثانية) من القواعد المتعلقة بها: (ما أُبِيح للضرورة يُقدَّر بقدرِها).

نُقل عن «فتح المُدبِّر» أن المراتب خمسةٌ: ضرورةٌ، وحاجة، ومَنفعة، وزِينة، وفُضولٌ.

فالضرورةُ: بُلوغُه حدًّا إن لم يتناوَلْ الممنوعَ هلَك أو قارَب. وهذا يُبِيح تناوُلَ الحرام.

والحاجة: كالجائع الذي لو لم يجِد ما يأكُلُه لم يهلَك، غير أنه يكون في جَهْد ومشقَّة، وهذا لا يُبِيح الحرام، ويُبيح الفِطرَ في الصوم.

والمَنفعة: كالذي يَشتهي خُبزَ البُرِّ، ولحم الغنَم، والطعامَ الدَّسِم.

والزِّينة: كالمُشتهِي الحَلْوى والسُّكَّر.

والفُضول: التوسُّع بأكل الحرام والشُّبهة.

[فرع: اليمين الكاذبةُ لا تُباح للضَّرورة لاندفاعِها بالتعريض]

(ولذا)، أي: لكون ما أُبيح للضرورة يُقدَّر بقدرها، (قال في أيمان «الظهيرية»: إن اليمين الكاذبة لا تُباح للضرورة، إنما يُباح التعريضُ، انتهى. يعني) بقوله: «لا تُباح للضرورة... إلخ»، (لاندفاعِها)، أي: الضرورة، (بالتعريض).

ذكَروا أنه يُباح الكذبُ في الحرب للخُدْعة، وفي الصُّلْح بين الاثنَين، وفي إرضاء الأهل، وفي دفع الظالم عن الظُّلم، فهذا كله محمولٌ على الإباحة بالتعريض، بمعنى أن إباحة الكذب للضرورة مُقدَّر بمقدار التعريض. قال في «البزازية»: «ويجوز الكذبُ في ثلاثة مواضع: في الصُّلْح بين الناس، وفي الحرب، ومع امرأته. قال في «الذخيرة»: وأراد به المَعاريضَ، لا الكذبَ الخالصَ»، انتهى كلام «البزازية»[(١)].

---

(١) «الفتاوى البزازية»، كتاب الكراهية، الفصل الثالث فيما يتعلق بالمناهي (٦/ ٣٥٩).

[مطلب: الفرق بين التعريض والكناية]

حقَّق العلامة السيِّدُ في «شرح المفتاح» بعد أن نقل كلامَ الزمخشري في الفرق بين التعريض والكناية بأن «الكناية: أن تذكُر شيئًا بغير لفظِه الموضوع له. والتعريض: أن تذكُر شيئًا يدلُّ به على شيء لم تذكُرْه، كما يقول المُحتاج للمحتاج إليه: جئتُكَ لأُسلِّمَ عليك، ويُسمَّى بالتلويح؛ إذ اللفظُ المستعمَل فيما وُضِع له حقيقةٌ مُجرَّدةٌ[1]، ويُقابِلها المَجازُ.

والكنايةُ مُستعمَلةٌ فيما لم يُوضَع له أصالةً، وفي الموضوع له تبَعًا.

والتعريض يُجامع في الوجود كُلًّا من هذه الثلاثة، وذلك بأن يُقصَد[2] بنفس اللفظ معناه حقيقةً، أو مجازا، [أو كنايةً]، ويدلُّ بسياقِه على المعنى المُعرَّض به، فلا يُوصَف اللفظُ بالقياس إلى المعنى التعريضي بحقيقةٍ ولا مَجازٍ ولا كنايةٍ؛ لفُقدان استعمالِ اللفظ فيه، مع كونه مُعتبَرًا في حدود هذه الثلاثة، فلا يكون اللفظُ [بالقياس إلى][3] معناه الحقيقيِّ أو المجازيِّ أو الكنائيِّ تعريضًا، بل لا بد هناك من معنى آخر.

فإذا قلتَ: المُسلِم من سلِم المسلمون من يده، وأردتَّ به التعريض فالمعنى الأصليُّ انحصارُ الإسلام فيمن سلِموا منه، والمعنى الكِنائيُّ انتفاء الإسلام عن المُؤذِي مطلقًا، وأما المعنى المُعرَّضُ به المقصودُ من الكلام سياقًا: نفيُ الإسلام عن المُؤذِي المُعيَّن. وقِسْ على ذلك حالَ الحقيقة والمجاز إذا أُريد بهما التعريضُ»[4]، انتهى.

---

(١) أي: هو الحقيقة المجرَّدة.

(٢) في النسخ: (تقصد). والمثبت من «المصباح».

(٣) كذا في «المصباح». وفي النسخ: (في).

(٤) «المصباح شرح المفتاح» للشريف الجرجاني (ص ٧٠٥ـ٧٠٦).

[فرع: المُضطَرُّ لا يأكُل من المَيتة إلا بقدر سَدِّ الرمق]

(ومن فُروعه)، أي: ما أُبيح للضرورة يُقدَّر بقدرها، (المُضطرُّ) بالجُوع، (لا يأكُل من المَيتة إلا بقَدْر سَدِّ الرَّمَق).

[فرع: الطعام في دار الحرب يؤخذ قبل القسمة على سبيل الحاجة]

(و)من فروعه: (الطعامُ في) دار (الحرب يُؤخَذ) من الغنيمة قبل القِسْمة (على سبيل الحاجة؛ لأنه إنما أُبيح للضرورة. قال في «الكنز»[1]: ويَنتفِع فيها)، أي: في دار الحرب، (بعلَفٍ، وطعامٍ، وحطَبٍ، وسِلاح، ودُهْنٍ، بلا قِسمةٍ) بين الغانمِين، (وبعد الخُروج منها لا) يَنتفِع. (وما فضَل) من المأخوذ (رُدَّ إلى الغنيمة[2]). فهذا يدلُّ على أن الانتفاعَ به إنما يكون بقدر الضرورة.

[فرع: بَولُ السِّنَّور مَعفُوٌّ في الثياب دون الأَوَاني]

(و)من فروعه: (أفتَوا بالعَفْو عن بَولِ السِّنَّور)، أي: بكونه عَفْوًا، (في الثياب دون الأَوَاني؛ لأنه لا ضرورةَ في الأَوَاني لجَرَيان العادة بتخميرها)، أي: تستيرها. فكونُ بول السِّنَّور مَعفُوًّا مُقدَّرٌ بقدر الضرورة.

---

(١) في هامش (ع) و(ب): (قوله: قال في «الكنز»، ليس في عبارة «الكنز» ما يشعر بالحاجة ليصح الاستدلال بها. وفي «المنح»: أطلقه ولم يقيده بالحاجة هنا تبعا لما في «الكنز»، وهو الاستحسان. وقد شرطها في رواية أخرى، وهو القياس. ولا يخفى عليك أن المعول عليه الاستحسان إلا في مسائل، ليس هذا منها. فعلى هذه الرواية يأكل منها الغني والفقير، انتهى. لكن السلاح مقيد بالحاجة، كما في «الظهيرية». وهذا كله إذا لم ينههم الإمام، وإلا فلا يباح لهم الانتفاع. وهذا في المأكول، وأما في الأدوية، فلا تباح إلا لمريض أحوجه إلى استعمالها، «منح»).

(٢) «كنز الدقائق»، كتاب السير، باب الغنائم وقسمتها (ص ٣٧٣).

وفي «المحيط»: بولُ الهِرَّة مُغلَّظٌ، وبولُ الفأرة مُختلَفٌ فيه، قيل: مُخفَّف، وقيل: مُغلَّظ».

وفي «الخانية»: «بولُ الهِرَّة والفأرة نجِسٌ في أظهر الرِّوايات»[١]، «يُفسِد الماءَ والثوبَ إذا زاد على قدر الدرهم، وقيل: لا يُفسِد أصلا، وقيل: يُفسِد إذا فحُش»[٢].

وفي «الخُلاصة»: إذا بالَت الهرة في الإناء أو على ثوب: تنجَّس. وكذا بول الفأرة. وقال الفقيه أبو جعفر: ينجُس الإناءُ دون الثوب»[٣].

[فرع: تفريق البعض بين آبار الفَلَوَات وآبار الأمصار في وقوع البعر]

(و)من فروعه أيضًا: (فَرَّقَ كثير من المشايخ في البَعْر بين آبار الفَلَوَات، فيُعفَى عن قليله) إذا وقع في البئر؛ (للضرورة؛ لأنها)، أي: آبار الفلوات، (ليس لها رُؤوسٌ حاجِزةٌ، والإبلُ) والغنَمُ (تبعَر حولَها)، فتُلقِيه الرِّيحُ فيها، فلو أفسَد القليلُ: لزِم الحرَجُ، (وبين آبار الأمصار[٤]؛ لعدم الضرورة، لكنَّ المُعتمَد عدمُ الفرق بين آبار الفَلَوَات والأمصار، وبين الصحيح) من البَعْر (والمُنكسِر) منه، فيه إيماءٌ إلى الخلاف في كون المُنكسِر عَفوًا، كما في قوله: (وبين الرَّطْب واليابِس)، إيماءٌ إلى الخلاف في كون الرَّطْب مَعفُوًّا.

---

(١) «فتاوى قاضي خان»، كتاب الطهارة، فصل فيما يقع في البئر (١/ ٩).
(٢) «فتاوى قاضي خان»، كتاب الطهارة، فصل في النجاسة التي تصيب الثوب أو الخف (١/ ١٩).
(٣) «خلاصة الفتاوى»، كتاب الطهارات، الفصل الأول، الجباب والأواني (١/ ٦).
(٤) في هامش (ع) و(ب): (لكن في «المنح»: ولا فرق أيضًا بين البعر والروث والخثي؛ لشمول الضرورة، ولا فرق أيضًا بين آبار المصر والفلوات على الصحيح لشمول الضرورة في الجملة، انتهى).

[فرع: عدمُ اعتبار إصابةِ الماء المُستعمَل لثياب المُتوضِّئ]

(و)من فروعه أيضًا: (يُعفَى عن ثياب المُتوضِّئ إذا أصابَها من الماء المُستعمَل على رِواية النجاسة) المُغلَّظة، وهي رواية الحسَن، أو المُخفَّفةِ، وهي رواية أبي يوسف، (للضرورة)، أي: الحرج في التحرز عنه. والمُفتَى به طهارتُه، سواء كان عن حدَثٍ أصغرَ أو أكبَر، وهي روايةُ محمدٍ عن أبي حنيفة، وهي المشهورةُ عنه، واختاره المُحقِّقون مما وراء النهر، «منح».

(ولا يُعفَى عمَّا يُصِيب ثوبَ غيرِه)؛ لعدمِها، أي: الضرورة المذكورة.

[فرع: طهارة دم الشهيد في حقِّ نفسه، ونجاستُه في حقِّ غيره]

(و)من فروعه أيضًا: «(دم الشهيد طاهرٌ في حقِّ نفسه، نجِسٌ في حقِّ غيره)، حتى لو صلَّى حاملا لشهيد تجوز صلاتُه، ولو وقع دمُه في ثوب إنسان نجَّسه، ولا تجوز الصلاةُ به»، كما في «الجوهرة»[1]؛ للضرورة في حق نفسِه؛ لقوله عليه السلام: «لا تغسِلوهم، فإن كلَّ جُرح يفُوح مِسكًا يوم القيامة»[2].

[فرع: الجَبيرة يجب أن لا تستُر من الصحيح إلا بقَدْر الضرورة]

(و)من فروعه: (الجبيرة يجبُ أن لا تستُر من) العُضو (الصحيح) من مَوَاضِع الغَسل (إلا بقَدْر ما لا بُدَّ منه) في استمساك الجبيرة، فلو زاد عليه: لم يصِحَّ المسحُ عليها، ولا الاكتفاء بغَسْل ظاهرِها.

قال في «الفتح»: «وإذا زادَتْ الجَبيرة على نفس[3] الجراحة، فإن ضرَّه الحَلُّ

---

(١) «الجوهرة النيرة»، كتاب الصلاة، باب الشهيد (١/ ١١١).

(٢) رواه الإمام أحمد في «مسنده»، عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه، برقم (١٤١٨٩).

(٣) كذا في «الفتح». وفي النسخ: (معين).

والمَنخ: مسَح على الكُلّ تبعًا للفُرْجة بالقُرْحة، وإن لم يضُرَّه: غسَل ما حولَها ومسَحها نفسها، وإن ضرَّه المسحُ، لا الحَلّ: يمسَح على الخِرقة التي على رأس الجُرح، ويغسِل ما حولها تحت الخِرقة الزائدة؛ إذ الثابت بالضرورة يتقدَّر بقدرها. وإذا ضرَّه الحلُّ، لا المسحُ: يمسَح على الكل. وهذا الكلام في العِصابة، إن ضرَّه مسَح على كلِّها. ومن [ضرَرِ] الحَلِّ: أن يكون في مكانٍ لا يقدر على ربطِها بنفسه، ولا يجِدُ مَن يربِطها»[١].

[فرع: الطبيب ينظُر من العَورة بقدر الحاجة]

(و)من فروعه: (الطبيب ينظُر من العَورة بقدرِ الحاجة) في المُعالَجة، وكذا القابِلة.

[فرعٌ للشافعية: المجنون لا يجوز تزويجُه أكثرَ من امرأة واحدة]

(وفرَّع الشافعيةُ عليها)، أي: هذه القاعدة، (أن المجنون لا يجوز تزويجُه)، أي: تزويج الوليِّ إيَّاه، (أكثرَ من امرأة واحدةٍ؛ لاندفاع الحاجة بها)، أي: الواحدة.

(ولم أرَه من مشايخِنا). ونقل البيري عن «المُحيط الرَّضوي» عدمَ جوازِ التسرِّي بأكثرَ من واحدةٍ له، بخلاف النكاح، حيث قال: «وهذه المنفعة حاصلةٌ بالواحدة، فلا حاجةَ له لما زاد عليها، فلا ينفُذ الشراء[٢] عليه فيما زاد على الواحدة، بخلاف النكاح؛ لأنه يختصُّ بعددٍ شرعًا نصًّا»[٣].

---

(١) «فتح القدير»، كتاب الطهارات، باب المسح على الخفين (١/ ١٥٩).
(٢) كذا في «عمدة ذوي البصائر». وفي النسخ: (التسري).
(٣) «عمدة ذوي البصائر» (١/ ٢٢٥ـ٢٢٦).

[تذنيب: قاعدة «ما جاز بعُذر بطَل بزَوَاله»]

(تذنيب). قيل في الفرق بين التذنيب والتذييل: إن إلحاقَ ما قلَّ بما قبله تذنيبٌ، وإلحاقَ الأكثر بما قبله تذييلٌ[1].

(يقرُب من هذه القاعدة)، أي: قاعدة «ما أُبيح للضرورة يُقدَّر بقدرها»، (ما جاز بعُذرٍ بطَل بزَوَاله)؛ لأن زوالَ المُبيح مُبطِلٌ للجواز، بمعنى أن الأصلَ عدمُ الجواز، وإنما جاز للمُبيح، فإذا زال المُبيحُ: بقِي العدمُ الأصليُّ، لا بمعنى أن زوالَ المُبيح مُؤثِّر؛ إذ لا تأثيرَ للإعدام عندنا.

[فرع: بطل التيمم بالقدرة على استعمال الماء]

(فبطَل التيمُّم إذا قدَر على استعمال الماء)، وهذا يقتضي أن الناقضَ نفسُ القُدرة على استعمال الماء، وقيل: الناقضُ ظُهور الحدَث السابق عند القُدرة على الماء، لا نفسُ القدرة.

(فإن كان العَجْزُ لفَقْد الماء: بطَل بالقُدرة عليه، وإن كان لمرَضٍ: بطَل ببُرْئِه)، سواء وُجِد معه ماءٌ وقتَ المرض المُرخِّص أو لا، وسواء قدَر على استعماله بالنسبة إلى زوال ذلك المرض المُرخِّص أو لا.

قال في «البحر»: «إذا تيمَّم للمرض أو البَرْد مع وجود الماء، ثم فُقِد الماءُ، ثم زال المرضُ أو البَرْد: ينتقِضُ تيمُّمُه؛ لقُدرته على استعمال الماء، وإن لم يكن الماءُ موجودًا»[2].

واعلَم أن التيمُّم كما بطَل بزَوَال العُذر المُبيح له، كذلك بطَل بحُدوث المُبيح

---

(١) انظر: «غمز العيون» (١/ ٢٧٨).

(٢) «البحر الرائق»، كتاب الطهارة، باب التيمم، نواقض التيمم (١/ ١٦٠).

الآخَر له، كما ذكره العِماديُّ، حيث قال: «لو تيمَّم لعدم الماء، ثم مرِض مرضًا يُبيح التيمُّمَ له: لم يجْزِ له الصلاةُ بذلك التيمُّم، ويُجعَل الأوَّلُ كأن لم يكُن؛ إذ اختلافُ أسباب الرُّخصة يَمنَع الاحتساب بالرُّخصة الأُولى عن الثانية، ويُجعَل الأُولى كان لم تكُن»، انتهى.

(وإن كان لبَرْدٍ: بطل بزَواله). وفي «القهستاني» عند قول «النُّقاية»: «وينقضُه قدرتُه على الماء»: «فيه إشارةٌ إلى أنه لو تيمَّم على رأس مِيلٍ، ثم سار إلى الماء، وانتقَص قليلٌ من المَسافة: ينبغي أن ينتقِضَ تيمُّمُه؛ لأنه قدَر على الماء حُكمًا، ويُؤيِّدُه ما قال الزاهديُّ قُبيلَ باب قضاء الفوائت: إن عدم الماء شرطُ الابتداء، فكان شرطَ البقاء، وإلى أن زَوال المرضِ المُبيح للتيمُّم ناقضٌ، كما في «النظم»»[1]، انتهى.

[تخريج: ينبغي بطلانُ الشهادة على الشهادة إذا قدر الأصلُ على الشهادة]

(وينبغي أن يُخرَّج)، من التخريج، (على هذه القاعدة: **الشهادةُ على الشهادة**، إذا كان الأصلُ مريضًا، فصحَّ بعد الإشهاد) قبل الحكم بشهادته، (أو مُسافِرًا، فقدِم) بعد الإشهاد قبل الحكم بشهادته: (ينبغي أن يبطُل الإشهادُ على القول بأنها)، أي: الشهادة على الشهادة، (لا تجوز إلا) إذا تعذَّر حُضورُ الأصل (لموتِ الأصل، أو مرَضِه، أو سفَره)، وهو المشهورُ الذي مشَى عليه أربابُ المُتون والفتاوى، لا على «القول بجوازها وإن كان الأصلُ صحيحًا في المصر، كما رُوِي عن محمد في «النوادر»»، كما في «الخانية»[2].

وفي «المحيط»: «الإشهادُ على الإشهاد صحيحٌ وإن كان في المصر بلا

---

(١) «جامع الرموز»، كتاب الطهارة، أواخر فصل التيمم (١/ ٧٠).

(٢) «فتاوى قاضي خان»، كتاب الشهادات، فصل في الشهادة على الشهادة (٢/ ٤٨٦).

خلافٍ، حتى إذا غاب الأصلُ بعد ذلك، أو مات، فشهِد الفرعُ على شهادته: تُقبَل. وإن كان الأصلُ محبوسًا في المصر، فإن كان محبوسًا في سِجْن هذا القاضي: لا يجوز، وإن كان في سجن الوالي، ولا يمكنه الإخراجُ للشهادة، قال بعضُهم: ينبغي أن لا يجوز»[١].

وهل يكفي مُجرَّدُ سفر الأصل في شهادة الفرع، بأن يُجاوِزَ مصرَه قاصِدًا السفرَ، أو لا بد من غَيبته ثلاثةَ أيام؟ ظاهرُ كلامه هنا، وصريحُ كلامه في «البحر» الأوَّلُ[٢]. وفي «الخلاصة» و«البزَّازية» و«العناية» التصريحُ بلُزوم الثاني[٣].

ومن أعذار الأصل ما في «القنية»: «إن الأصل إذا كانت مُخَدَّرةً يجوز إشهادُها على شهادتها، وهي التي لا تُخالِط الرجالَ، ولو خرجت لقضاء حاجةٍ أو حمَّام»، انتهى. فعليه، ينتقِضُ الحَصْرُ الذي ذكره.

ودلَّ كلامُه على أن السلطان والأمير لا يجوز إشهادُهما على شهادتِهما وهما في البلد.

[القاعدة المُتفرِّعة الثالثة: الضَّرَر لا يُزال بالضَّرَر]

(القاعدةُ الثالثةُ) من القواعد المتعلقة بتلك القاعدة: (الضَّرَرُ لا يُزال بالضَّرَر)، أي: بارتكابه.

---

(١) انظر: «المحيط البرهاني»، كتاب الشهادة، الفصل التاسع في الشهادة على الشهادة (١٣/ ٢٦٧-٢٦٨).

(٢) «البحر الرائق»، كتاب الشهادات، باب الشهادة على الشهادة (٧/ ١٢٢).

(٣) انظر: «خلاصة الفتاوى»، كتاب الشهادات، الفصل السابع في الشهادة على الشهادة (٤/ ٨١)، و«الفتاوى البزازية»، كتاب الشهادات، الفصل السابع في الشهادة على الشهادة (٥/ ٢٩٥)، و«العناية»، كتاب الشهادات، باب الشهادة على الشهادة (٧/ ٤٦٨).

(وهي)، أي: هذه القاعدة، (مُقيِّدةٌ لقولهم: الضَّرَرُ يُزَال). ثم بيَّن كيفيةَ التقييد بقوله: (أي: الضَّررُ يُزال، لا بضَرَر)، أي: بارتكاب ضررٍ آخر.

[فرع: عدم وجوب العِمارة على الشريك الآبِي]

(ومن فُروعها: عدمُ وجوب العِمارة على الشريك الآبِي) عنها لو انهدَم الجِدارُ بنفسه.

قيل: المناسب[1]: عدمُ الإجبار على العِمارة[2]. وفيه: أن عدم الوجوب يستلزِم عدمَ الإجبار، بل تعبيرُه أولى؛ لأنه من قَبِيل الإتيان بالشيء بدليله؛ لأن وجودَ الملزوم[3] دليلٌ على وجود اللازم.

(وإنما يُقال) شرعًا (لمُريدِها)، أي: العِمارة، (أَنفِقْ) أنت (واحبَسْ العينَ)، أي: الحائطَ بمَنْع الشريك عن الانتفاع به بوَضْع الحَمولة ونحوه، (إلى استيفاء قيمةِ البناء) مبنيًّا، كما في «الطحاوي»[4]، (أو) إلى استيفاء (ما أنفقتَه) في نصيب شريكِك.

(فالأوَّل)، أي: الحبس إلى استيفاء القيمة، (إن كان البناءُ بغير إذْنِ القاضي)، ولم يكُن الجِدارُ عريضًا، بحيث لو قُسِمت أرضُه أصابَ كُلًّا موضعٌ يَبنِي عليه بناءً مُحكَمًا، وإلا فهو مُتطوِّعٌ في الإنفاق عند البعض»، كما في «البزَّازية»[5].

---

(١) أي: للسياق أن يقول.

(٢) انظر: «غمز العيون» (١/ ٢٧٩).

(٣) في هامش (خ): (قوله: وجود الملزوم، وهو عدم الوجوب. قوله: على وجود اللازم، وهو علم الإجبار، انتهى).

(٤) كذا في النسخ. ولعل الصواب: «شرح الطحاوي»، كما في «عمدة الناظر» لأبي السعود (ل/ ١٧٢/أ) نقلا عن «البيري».

(٥) «الفتاوى البزازية»، كتاب الحيطان، الفصل الثاني في الحائط وعمارته، نوع في عمارة الحائط المشترك (٦/ ٤٢٣).

(والثاني)، أي: الحَبْس إلى استيفاء ما أنفقَه، (إن كان البناءُ بإذنِه)، أي: القاضي بالشرط المذكور أيضًا. وفيه قولٌ آخر، وهو عدمُ الرجوع بشيءٍ لو كان البناءُ بغير إذنِ القاضي، كما في «البزَّازية»[1]، ولكن الذي ذكره (هو المُعتمَد)، استحسَنه بعضُ المُتأخِّرين.

[مطلب: ما يُجبَر فيه الشريكُ الآبِي]

(وكتَبنا في «شرح الكنز» في مسائلَ شتَّى من كتاب القضاء أن الشريكَ الآبِي لا يُجبَر إلا في ثلاثِ مسائل[2]):

إحداها: حائطٌ مُشتَرَكٌ، أراد أحدُهما نقضَه وأبَى الآخَرُ، إن كان الحائطُ بحيث يُخافُ سقوطُه يُجبَر الآبي.

ثانيها: لو هدماه، وأراد أحدُهما البناءَ، وأبَى الآخَرُ، فإن كان أساسُ الحائط بحيث لا يمكن أن يَبنِيَ حائطًا في نصيبه بعد القسمة: يُجبَر. وتفسيرُ الجَبْر: أنه إذا لم يُوافِقْه الشريكُ أنفَق على العِمارة، ورجَع على الشريك بنصفِ ما أنفق. وفي «فتاوى[3] الفضلي»: لو هدَماه، وامتنع أحدُهما: يجبر، ولو انهدم لا يُجبَر، ولكن يُمنَع من الانتفاع به ما لم يَستَوفِ نصفَ ما أنفقَ [فيه] إن فعل ذلك بإذنِ القاضي، وإن كان بلا قضائه: فبنصفِ القيمة، «منح».

ثالثُها قد ذُكِرت في «الشرح» مُقدَّمةً عليهما: هدَم صاحبُ السُّفْل الجدارَ الحاملَ للعُلو: يُجبَر صاحبُ السفل على بنائه؛ لأنه تعدَّى على حقِّ صاحب العلو.

بقي مما يُجبَر فيه الشريكُ الآبي:

---

(١) «الفتاوى البزازية»، كتاب الحيطان، الفصل الثاني في الحائط وعمارته (٦/ ٤٢٠).

(٢) انظر: «البحر الرائق»، كتاب القضاء، باب التحكيم، مسائل شتى من القضاء (٧/ ٣٠).

(٣) في «البحر»: (شهادات).

دارٌ مُشترَكةٌ بين صغيرَين، لكلِّ واحد منهما وَصِيٌّ، انهدمت الدارُ وأبى أحدُهما العِمارة: فإنَّ الوصيَّ الآخَر يرفَعُ الأمرَ إلى القاضي ليُجبِرَه على العمارة.

وكذا طاحونةٌ، أو حمَّامٌ مُشترَك، انهدم بعضُها، وأبى الشريكُ الآخَر عن العمارة: يجبر إن انقضَّ شيءٌ من البناء، وإن انتقض الكلُّ، وصارت صحراءَ: لا يُجبَر. وفي رواية عن محمد: لا يُجبَر مطلقًا[1]، ويقال للشريك: أنفِقْ في المَرمَّة، وأجِّرْه، وخُذ النفقةَ من الأُجرة.

وكذا الحَرْث إذا كان بين شريكَين، فأبى أحدُهما أن يَسقِيَه: يُجبَر. وفي أدب القاضي[2]: لا يُجبَر، ولكن يقال له: اسقِه وأنفِقْ، ثم ترجع في حصَّتِه بنصف ما أنفقتَ.

وكذا في المُشترَك، يُجبَر كلٌّ منهما على عمارته.

ثم فيما يجري فيه الجَبْرُ، إذا أنفق أحدُ الشريكَين بلا إذنِ الآخَر يكون مُتبرِّعًا.

وأما ما لا جَبْرَ فيه، إن لم يكن المُنفِقُ مُضطرًّا: يكون مُتبرِّعًا، وإن كان مُضطرًّا، كصاحب العُلْو في بناء السُّفل: لا يكون مُتبرِّعًا.

ثم الرجوعُ بقيمة البناء أو بما أنفَق؟ «قيل: إن كان صاحبُ العُلْو مُضطرًّا: يرجع على صاحب السُّفْل بقيمة السُّفل مَبنيًّا، لا بما أنفَق، وقيل: إن بنى بأمر القاضي يرجع بما أنفق، [وإن بنَى بغير أمر القاضي رجع بقيمة البناء، وبه يُفتَى][3]»، كذا في قسمة «الولوالجية»[4].

---

(١) في (خ) هنا زيادة: («منح»).

(٢) أي: في كتاب أدب القاضي من «فتاوى الفضلي»، كما في «رد المحتار» (٦/ ٢٧٢) نقلا عن أبي السعود.

(٣) ما بين المعقوفتين مثبت من «الولوالجية». وفي النسخ بدله: (وقيل: بقيمته)، وهو مخالف لما في «الولوالجية».

(٤) «الفتاوى الولوالجية»، كتاب القسمة، آخر الفصل الأول فيما تجوز القسمة (٣/ ٣١٢).

وإذنُ الشريك كإذن القاضي، فيرجع بما أنفق، كما حرَّره ابن الشحنة.

وإذا قلنا: يرجع بقيمة البناء عند عدم الإذن، فهل المُعتبَر قيمتُه يومَ البناء أو وقت الرجوع؟ قولان، والصحيح: وقتَ البناء، وهو مبنيٌّ على أن المَبنَى بُني على مِلك الشريك، أو على ملك الباني ثم ينتقِل منه.

وصرَّح في «البزازية» «بجَرَيان الجَبْر في عبدٍ بين شريكَين، فدَاه أحدُهما، أو نَهْرٍ، أو حمَّامٍ، أو سفينةٍ خرَق منه شيءٌ قليلٌ، ففي كلٍّ منها المُنفِق بلا إذنٍ مُتطوِّعٌ؛ إذ كلُّ موضع يجري فيه الجَبْر، إذا فعَل أحدُهما بلا إذنٍ فهو مُتطوِّعٌ، وما لا جَبْر له فليس بمُتطوِّع إن كان مُضطرًّا»[1]، كما قدَّمنا.

وفي «الدر المختار»: «ولا يُجبَر الشريكُ على العِمارة إلا في ثلاثٍ: وصيٌّ، وناظرِ وقفٍ، وضرورةِ تعذُّر قسمةٍ»[2]، انتهى.

[فرع: لا يُجبَر السَّيِّدُ على تزويج عبدِه وأمته]

(و)من فروعها: (لا يُجبَر السيِّدُ على تزويج عبدِه وأمته وإن تضرَّرَا).

[فرع: لا يأكُل المُضطرُّ طعامَ مُضطرٍّ آخَر، ولا شيئًا من بدَنه]

(و)من فروعها: (لا يأكُل المُضطرُّ طعامَ مُضطرٍّ آخَر). قال في «البزَّازية»: «خاف الموتَ جُوعًا، ومع رفيقه طعامٌ: أخَذ بالقيمة منه قدرَ ما يسُدُّ جَوعتَه. وكذا لو مع رفيقه ماءٌ، وخاف الموتَ عطَشًا: أخذ قدرَ ما يدفع العطَش، فإن امتنع قاتَل

---

(١) «الفتاوى البزازية»، كتاب الحيطان، الفصل الثاني في الحائط وعمارته، نوع في الأعيان المشتركة (٦/ ٤٢٢).

(٢) «الدر المختار»، كتاب الشركة (ص ٣٦٧).

بلا سلاح. وإن كان الرفيقُ يَخاف الموتَ عطَشًا أو جُوعًا أيضًا: تَرَكَ له البعضَ[١]،
انتهى. فكان ما ذكره المُصنِّف [مُقيَّدًا بما][٢] إذا لم يكن قدرَ ما يدفَع هلاكَهما[٣].

(ولا يأكُل شيئًا من بدَنه)، أي: بدنِ آخَر، وكذا من بدنِ نفسِه، كما في «الخانية»[٤]. وفي «البزازية»: «خاف الهلاكَ جُوعًا، فقال له آخَرُ: اقطَعْ يدِي وكُلْ، ليس له ذلك؛ لأن لحمَ الإنسان لا يُباح حالَ الاضطرار لكَرامته»[٥]، انتهى.

[تنبيه: قاعدة: يُتحمَّل الضرَرُ الخاصُّ لأجل دَفْعِ ضررٍ عامٍّ]

(تنبيه: يُتحمَّل الضَّرَرُ الخاصُّ لأجل دفعِ ضرَرٍ عامٍّ[٦]. وهذا مُقيِّدٌ بقولهم الضررُ لا يُزال بمثله). وحاصلُ التقييد: الضرر الغيرُ العامِّ لا يُزال بمثله.

وفيه: أن الضرر العامَّ إذا أُزِيل بتحمُّل ضررٍ خاصٍّ لم يكُن أُزِيل بمثله؛ إذ العا[مُّ] غيرُ الخاصِّ، تأمَّل[٧].

(وعليه)، أي: هذا القول أو التنبيه، (فروعٌ كثيرةٌ، منها)، أي: تلك الفروع:

---

(١) «الفتاوى البزازية»، كتاب الكراهية، الفصل الخامس في الأكل (٦/ ٣٦٦).

(٢) ما بين المعقوفتين زيادة لاستقامة العبارة.

(٣) في (خ): (الهلاك). وفي بقية النسخ: (هلاكها). ولعل الصواب ما أُثبِت.

(٤) «الفتاوى البزازية»، كتاب الكراهية، الفصل الخامس في الأكل (٦/ ٣٦٦).

(٥) انظر: «فتاوى قاضي خان»، كتاب الحظر والإباحة (٣/ ٤٠٤).

(٦) في هامش (ع): (كقطع اليد المستأكلة وعكسه، لما ذكره في «القنية»: له ضيعة مرتفعة لا تُسقى سيحا إلا وقت النيل: يجوز له أن يسد النهر بغير رضا أصحاب الأراضي السفلية ليسقيها، ولا يتكلف نصب الدالية؛ لأن فيها حرجا عظيما، والضرر العام يسير، فهنا تحمل الضرر العام لأجل دفع ضرر الخاص، «شيخنا»، فيكون مستثنى من القاعدة الثانية فيما يلي هذا التنبيه، تأمل؛ إلا أن يقال: المماثلة في مطلق الضرر، «شيخنا»).

(٧) انظر: «غمز العيون» (١/ ٢٨٠ـ ٢٨١).

[فرع: جوازُ الرَّمْيِ إلى كُفَّار تَتَرَّسُوا بصِبيان المسلمين]

(جوازُ الرَّمْيِ) قاصِدًا (إلى كُفَّارٍ تَتَرَّسُوا بصِبيان المُسلمين). وفي عبارة أكثرهم: «بأَسَارَى المُسلِمين»، فلا وجه لتخصيصِ الصِّبيان، إلا أن يقال: لما كانوا مَحلَّ رحمةٍ، ومع ذلك يجوز رميُ المُتترِّسِ بهم، فأولى أن يجوز في الأَسَارى[١].

والأصل في هذه المسألة أن المَصلحة إذا كانت ضَرُورِيَّةً قطعيَّةً كُلِّيَّةً يجب العملُ بها.

أما كونُها[٢] في المسألة ضَرُورِيَّة، فلأنَّ صِيانة الدِّين ونُفوسِ عامَّة المسلمين داعيةٌ بالضرورة إلى جواز الرمي إلى التُّرْس.

وأما كونُها قطعِيَّة، فلأنَّ حصول المَصلحة، وهي صِيانةُ الدِّين ونُفوس المسلمين برَمْي التُّرْس قطعيةٌ، لا ظَنِّيَّة.

وأما كونُها كُلِّيَّة، فلأنَّ استخلاصَ عامَّة المسلمين مصلحةٌ كُلِّيَة.

فلا يجوز الرميُ إلى التُّرْس إذا تَتَرَّسُوا في قَلعة بأَسَارى المسلمين؛ لعدم تحقُّق الضرورة فيه، ولا إلى من لا يعلَم تسلُّطَهم علينا إن تركنا الرميَ إلى التُّرْس؛ لعدم تحقُّق القطعية، ولا إلى ما إذا كانت جماعةٌ في سفينة، وثقُلت السفينةُ، فإن طرَحنا البعضَ في البحر: نجَا الباقون، فإنه لا يجوز طرحُهم؛ لعدم تحقُّق الكُلِّيَة؛ لأنه على تقدير الترك يَهلِك جماعةٌ خاصَّةٌ من المسلمين، لا عامَّةُ المسلمين، كما في ترك الرمي إلى التُّرْس.

---

(١) انظر: «غمز العيون» (١/ ٢٨١).

(٢) أي: المصلحة.

[فرع: وجوب نَقْض حائطٍ مملوكٍ مالَ إلى طريق العامَّة على مالكه]

(ومنها: وجوب نقضِ حائطٍ مملوكٍ مالَ) ذلك الحائطُ، أو وهَن، أو انشقَّ طُولا أو عرضا، (إلى طريق العامَّة)، أو إلى طريق الخاصَّة، لكنَّ الطلب لأربابِ الطريق الخاصِّ.

وكذلك «الواقف[1] والقيِّمُ في حائط المسجد، والعبد التاجِرُ والرَّاهِنُ والمُكاتَبُ[2]. وصحَّ الإشهادُ على الابن، وإن لم يَملك الدارَ»، «در»[3].

فإن تلِف به آدميٌّ، ففي العبد: على مولاه، أو مالٌ، ففي رقبته حتى يُباع فيه، وفي المُكاتَب: يَسعَى في الأقلِّ من قيمته ودِيَة المقتول إن كان نفسًا، وإن كان مالًا يسعَى في قيمته بالغةً ما بلَغت، هذا إن كان في زمن الكتابة، وإن كان بعده بعد العتق فعلى عاقلة المولى، وبعد العَجْز: فلا يجب شيءٌ على أحد؛ لعدم قُدرة المُكاتَب وعدم الإشهاد على المولى، «فتح»[4].

(على مالكه)، سواء كان بطريق الأَصالة أو بالوَصاية، كما إذا كان الحائط لصغيرٍ، وطُولِب بالنقض أبو الصغير أو وَصِيُّه، أو جَدُّه أو أُمُّه عند عدم الأب أو الوصيِّ، فإنَّ هؤلاء لو طُولِبُوا بالنقض: وجَب النقضُ عليهم، حتى لو ترَكُوا

(١) أي: يضمن الواقف والقيم ما تلف بحائط المسجد.

(٢) أي: هؤلاء الثلاثة كالقيم.

(٣) «الدر المختار»، كتاب الديات، باب ما يحدثه الرجل في الطريق وغيره (ص ٧١٨).

(٤) في هامش (خ): (قوله: «فتح»، لم يصل تأليف صاحب «الفتح» لكتاب الجنايات، إنما وصل لكتاب الوكالة، فلعله ذكره في غير مظنته فيما شرحه، أو العزو خطأ من الشارح أو الناسخ، انتهى. والظاهر أنه «منح»، لا «فتح»، فقد ذكر الدكتور شهاب الدين في تحقيقه لهذا الجزء من «التحفة الباهرة» أن نحو هذه العبارة موجودة فيها. والله أعلم.

النقضَ بعد الطلب، وتلِف به شيءٌ: وجب الضمانُ في مال الصغير.

وفيه إشارةٌ إلى أن ربَّ الحائط لو باعَه بعد الطلب والإشهاد، وسلَّمه إلى المُشتري أو لم يُسلِّمْه، ثم سَقَط وتلِف به شيءٌ: فلا ضمانَ على البائع لخُروجه عن ملكه، ولا على المشتري لعدم الطلب منه، ولو عاد إليه: لا يعود إلا بإشهاد جديد[1]، «در منتقى»[2]، وإلى أنه لا ضمانَ على المُرتهِن والمُستأجِر والمُودَع، وإن طُولِبُوا بالنقض؛ لعدم الملك[3].

واعلم أن وجوبَ النقض في المسألة إنما هو بطلَبِ النقض والإشهادِ عليه، والإشهادُ للتمكُّن من إثباته عند إنكاره، وأما الطلب، فشرطٌ؛ إذ لا وجوبَ بدون الطلب، سواء كان الطالِبُ مُسلِمًا أو ذِمِّيًا، ذكَرًا أو أُنثى، حُرًّا أو مُكاتَبًا، بخلاف الصغير والعبد المَحجُورَين؛ إذ لا يصِحُّ الطلبُ منهما.

فإن طُولب بالنقض، وأُشهِد عليه، ولم ينقُضْه في مُدَّةٍ يُمكنُه نقضُه فيها، فتلِف به إنسانٌ أو مالٌ: ضمِن عاقلتُه[4] الإنسانَ، وربُّ الحائطِ المالَ؛ استحسانًا. والقياس

---

(١) في «الدر المنتقى»: «ولو عاد لملكه لا يعود إلا بطلب آخر».

(٢) «الدر المنتقى»، كتاب الديات، فصل في الحائط المائل (٤/ ٣٧١).

(٣) انظر: «الدر المنتقى» (٤/ ٣٧١).

(٤) في هامش (ع): (ونصَّ محمد على أن العاقلة لا تتحملها حتى يشهد الشهود على ثلاثة أشياء: على التقدم إليه، وعلى الهلاك بالسقوط عليه، وعلى كون الجدار ملكا له، أي: من وقت الإشهاد إلى وقت السقوط. فيمكنه نقضه ليصير جانيا بتركه. وقولنا: في مدة يمكنه نقضه فيها، إشارة إلى ما لو ذهب بعد الطلب لطلب من ينقضه، وكان في ذلك حتى سقط، لم يضمن. ولو جن بعد الإشهاد بطل، ولو أفاق لا يعود إلا بإشهاد مستقل، «در منتقى». واعلم أنه إذا أبقاه مائلا ابتداء ضمن ما تلف بسقوطه وإن لم يطالب بنقضه، كما في اشراع الجناح ونحوه. فإن مال إلى دار إنسان فالطلب لربها أو ساكنها، لكل تأجيله وإبراؤه، بخلاف ما إذا مال إلى طريق العامة، فلا يصح تأجيله ولو من القاضي والمشهد، «ملتقى»).

أن لا ضمانَ، وهو قولُ الشافعي؛ إذ لم يوجد منه صُنْعٌ وتعدٍّ، لا مباشرةً عِلَّةٍ ولا مُباشَرةُ سببٍ؛ لأن البناء كان في ملكه مُستقِيمًا، والمَيَلانُ وشَغْلُ هواءِ الطريقِ ليس من فعله.

وجهُ الاستحسان مرويٌّ عن شُرَيح، وعليٍّ، والنَّخَعِيِّ، والشَّعْبي، ولأن الحائط لما مالَ شغَلَ هواءَ الطريق، وهو في ملكه، ورفعُه في يده، فإذا تقدَّم إليه أحدٌ ممَّن له حقُّ الطلب، وطُولِب بتفريغِه: لزمه تفريغُه، فإذا امتنع عنه مع التمكُّن منه صار مُتعدِّيًا.

و(دفعًا للضَّرَرِ العامِّ)، ودفعُه واجبٌ، فيجب عليه دفعُه.

فقد تُحمَّل الضررُ الخاصُّ، أعني: ضررَ الصِّبيان والمالك، لأجل دفعِ الضررِ العامِّ عن المسلمين في الأوَّل[1]، وعن العامَّة في الثاني[2].

[فرع: جواز الحَجْر على المُفتِي الماجِن، والطَّبيب الجاهل، والمُكارِي المُفلِس]

(ومنها: جوازُ الحَجْر على العاقل البالغ الحُرِّ عند أبي حنيفة)، بل اتفاقًا، كما في «الملتقى»[3]. فالأولى تركُ هذا القيد، **(في ثلاثِ مسائل)**:

(المُفتِي الماجِن) الذي يُعلِّم الناسَ الحِيَلَ الباطِلةَ، كتعليم المَرأة الارتدادَ لتَبِينَ من زوجِها، والذي يُفتِي عن جهل، «خانية»[4].

---

(١) أي: في جواز الرمي إلى كفار تترسوا بصبيان المسلمين.

(٢) أي: في وجوب نقض حائط مال إلى طريق العامة على مالكه.

(٣) «ملتقى الأبحر» مع «مجمع الأنهر»، كتاب الحجر (٤/ ٥٦).

(٤) انظر: «فتاوى قاضي خان»، كتاب الحجر (٣/ ٦٣٤).

وفيه إشارةٌ إلى أن كلَّ حيلة تُؤدِّي إلى الضرر لم تجُزْ في الدِّيانة، وإن جاز في الفتوى، وعليه يُحمَل ما جاء من الكراهة. وكلُّ حيلة لا تُؤدِّي إلى الضرر تجوز، كما في «التجنيس».

وفي «منية المفتي»: من لقَّن إنسانًا كلمةَ الكفر: كفَر المُلقِّن، وإن كان على وجه اللَّعِب. وقال ابنُ المُبارَك: من أمَر امرأةً لتَبِينَ من زوجها: فهو كافر، وإن لم يكفُر المأمورُ، انتهى.

وليس المرادُ بالحَجْر في المفتي ونحوِه حقيقةُ الحَجْر، وهو المعنى الشرعيُّ الذي يَمنَع نُفوذَ التصرُّف، بل المنعُ؛ لأن المُفتِي يُفسِد أديانَ الناس، والطبيبُ أبدانَهم، والمُكارِي أموالَهم، «ابن الشلبي»، وأيده بأن المفتي لو أفتى بعد الحجر وأصاب في الفتوى بعد الحجر: جاز، ولو أفتى وأخطأ قبله: لا تجوز، انتهى. ولذا قال ابن الكمال: «هو منعٌ، لا حَجْرٌ، فلو عبَّر به لكان أولى وأردَعَ»، انتهى.

(والطبيب الجاهل) بعِلمِ الطبِّ، وهو الذي يَسقِي الناسَ الدَّوَاءَ المُهلِك، وإذا قَوِيَ عليهم: لا يقدر على إزالة ضرَرِه.

(والمُكارِي المُفلِس)، وهو الذي يَقبَل الكِراءَ، ويُؤجِّر الجِمالَ، وليس له جِمالٌ ولا ظَهْرٌ يَحمِل عليه، ولا مالٌ يشتري به الدَّوَابَّ، والناس يعتمِدُون عليه ويَدفعُون الكِراءَ إليه، ويَصرِفُ ما أخَذه منهم، فإذا جاء وقتُ السفر: رأيتَه لا دابَّة له، فيَنقطِع المُكتَري عن الرُّفقة.

(دفعًا للضَّرر العامِّ) في كلٍّ منها.

[فرع: جواز الحَجْر على السَّفِيه عند الصاحبَين]

(ومنها: جوازُه)، أي: الحجر، (على السَّفِيه) العامل بغير مُوجَب الشَّرع من اتِّباع الهوَى (عندهما، وعليه الفتوى؛ لدفع الضرر العام[1])؛ فإن السُّفهاءَ إن لم يُحجَر عليهم أسرَفُوا، فيركَب عليهم الدَّينُ، فتَضِيع أموالُ الناس، فإنَّ من عادة السَّفيه التبذيرَ والإسرافَ في النفقة، لا لغَرَضٍ، أو لغرضٍ لا يَعتَدُّ به العُقلاء من أهل الدِّيانة، مثل دفع المال إلى المُغنِّي، وشِراء الحمَام الطيَّارة، ومثل ما نقَل في «التوضيح»: أن «رجلا من طلبة العلم عشِق جاريةً ببُخارى تُباعُ في سُوق النخَّاسِين، وكان من الفقر والمَترَبَة بحيث لا يَملِك قُوتَ يومِه، فاستعار من بعض خِلَّانه ثيابًا نفيسةً، وبَغْلةً لا يَركبُها إلا أعاظِمُ المُلوك، ولِبس اللِّباسَ النفيسَ، وركِب البغلةَ، وشُركاءُ درسِه يَمشُون في رِكابِه مُطرِقِين حتى دخل السُّوقَ، فظنَّ التُّجَّارُ أنه حاكمُ بُخارى المُلقَّب بصَدْر جهان، فجلَس على نُمرُقةٍ[2]، ودعَا صاحبَ الجارية، فساوَمَها

---

(١) في هامش (ع): (وكالسفيه من بلغ غير رشيد، فعند: لا يسلم ماله ما لم يبلغ سنه خمسا وعشرين سنة، فإن بلغها دفع إليه. وعندهما: لا يدفع إليه ما لم يؤنس رشده وإن هرم، ولا يصح تصرفه فيه نظرا له، لا زجرا، فإن باع لا ينفذ. واعلم أن هذا الخلاف في الحجر على السفيه وعدمه في تصرفات تحتمل الفسخ ويبطلها الهزل، وأما ما لا يحتمل ولا يبطله الهزل، فلا يحجر عليه بالإجماع، فإن أعتق أو استولد أو دبر أو طلق ونحو ذلك مما لا يؤثر فيه الهزل: نفذ، وسعى العبد في قيمته والمدبر يسعى في قيمته مدبرا إن مات قبل رشده، ويصح تزويجه بمهر المثل، وإن سمى أكثر: بطلت الزيادة، وتخرج زكاة ماله وينفق منه عليه وعلى من تلزمه نفقته، ويدفع القاضي قدر الزكاة إليه ليؤدي بنفسه، ويوكل عليه أمينا إلى أن يؤديها. فإن أراد حجة الإسلام: لا يمنع منها، ولا من عمرة واحدة، وتدفع نفقته إلى ثقة ينفق عليه في الطريق، لا إليه. وتصح منه الوصية بالقرب وأبواب الخير من الثلث، «ملتقى»).

(٢) أي: وِسادة.

واشتَراها بألفِ دينارٍ، وأعتقَها وتزوَّجَها في المجلس بحَضْرة العُدول، ورجَع إلى منزله مُمتلِيًا بهجةً وسُرورًا، وردَّ العواري إلى أهلها، فلما جاء البائعُ لتقاضِي الثمنِ: لقِي المشتري وعرَف فُنونَه، فأخَذ يَنتِفُ عُثْنُونَه[١]»[٢].

[فرع: جواز بيع مال المديون والمحبوس عند الصاحبين]

(ومنها: بيع مال المديون)، أي: بيع القاضي ماله، عقارا كان أو عروضا. وفي «البزازية»: «يبيع العقار عندهما على الأصح». وفيه إشارة إلى رد ما «قاله عصام: لا يبيع العقارَ إجماعًا، والخلاف في المنقول»[٣]، انتهى.

وهذا في مال المديون الحاضِر. «وأما مال الغائب فلا يبيع، لا العَقارَ ولا العُروضَ»، كما في «الخلاصة»[٤]، ويُشير إليه قولُه: (المحبوسُ)، يعني: إن امتنع عن البيع، (عندهما) «بشرطَين: بقضاء القاضي، وطلبِ غُرمائِه ذلك.

ويُشتَرط لصحة الحَجْر عندهما القضاءُ بالإفلاس، ثم الحَجْر بناءً عليه. ولا يُشتَرط ذلك في الحَجْر بالسَّفَه مع كونه يعُمُّ جميعَ الأموال. وأما الحجر بالدَّين، فيخُصُّ المال الموجود، حتى ينفُذ تصرُّفُه في مالٍ حدَث بعده

---

(١) العُثْنُون: اللحية، أو ما فضل منها بعد العارضين، أو ما نبت على الذقن وتحته سفلا، أو هو طولها. انظر: «القاموس المحيط»، باب النون، فصل العين (ص ١٢١٤).

(٢) «التوضيح مع التلويح»، القسم الثاني في الحكم، باب المحكوم عليه، العوارض المكتسبة، السفه (٢/ ٣٨٢ـ٣٨٣).

(٣) «الفتاوى البزازية»، كتاب أدب القاضي، الفصل العاشر في الحبس، نوع في المعاملة مع المديون (٥/ ٢٢٥).

(٤) «خلاصة الفتاوى»، كتاب القضاء، الفصل التاسع في الحبس، الجنس الثاني في معاملة القاضي مع المحبوس (٤/ ٤٦).

بالكسب، كما يُعلَم من «القهستاني»[1] و«البرجندي»، فليُحفَظ»، «در منتقى»[2].

وعنده: يُحبَس أبدًا حتى يَبيعَه بنفسه.

(لقضاء دَينِه)، ويُترك له دَسْتَان[3] من الثِّياب، ويُباع الباقي. وإن كان له ثيابٌ حسَنةٌ تُباعُ، ويُشترَى له بقدر الكفاية، حتى قال مشايخُنا: يُباع كلُّ ما لا يَحتاج إليه في الحال، فيُباع اللِّبَدُ[4] في الصَّيف، والنِّطَعُ[5] في الشِّتاء، ولو كان له كانونٌ[6] من حديدٍ: يُباع ويُشترَى له ما يُتَّخَذ من الطِّين[7].

وعن أبي يوسف أنه باع عمامةَ المديون المحبوس.

ولو اشترى وأفلسَ قبل القبض: يبيع القاضي لأجل الثمن.

(دفعًا للضَّرَر عن الغُرَماء. وهو)، أي: قولُهما، (المُعتمَد). وقيل: هو إشارةٌ إلى ردِّ ما قاله عِصام، واعتمادُ ما صحَّحه البزَّازي، يعني: أن المُعتمَد عندهما أنه يُباع عقارُه ومَنقولُه، لا منقولُه فقط.

---

(١) انظر: «جامع الرموز»، كتاب الحجر (٢/ ٦٥٧).

(٢) «الدر المنتقى»، كتاب الحجر (٤/ ٥٧).

(٣) الدَّسْتُ من الثياب: ما يلبسه الإنسان، ويكفيه لتردُّده في حوائجه.
انظر: «المصباح المنير»، كتاب الدال، الدال مع السين، (د س ت)، (ص ١٩٤).

(٤) اللِّبْد: بساط، واللِّبَد: الصوف. انظر: «تاج العروس» (٩/ ١٢٨).

(٥) النطع، بالكسر، والفتح، والتحريك، وكـ«عنب»، أربع لغات: بساط من الأديم. انظر: «تاج العروس» (٢٢/ ٢٦١).

(٦) الكانون: المُوقَد. انظر: «القاموس المحيط»، باب النون، فصل الكاف (ص ١٢٢٨).

(٧) في هامش (ع): (ولو له مسكن أو ثياب ويمكنه أن يكتفي بما دون ذلك: باعها، «در منتقى»).

[فرع: التسعير عند تعدِّي أرباب الطعام في بيعه بغَبْنٍ فاحِش]

(ومنها: التسعير)، أي: جوازُه للسُّلطان أو القاضي بمَشُورَةِ أهلِ الرأي، (عند تعدِّي أرباب الطَّعام في بيعه بغَبْن فاحش)، أي: ضِعف القيمة؛ صيانةً لحُقوق المسلمين من الضَّياع. وإن لم يتعدَّوا فلا ينبغي، بل هو مكروهٌ، لقوله عليه السلام: «لا تُسعِّرُوا؛ فإن الله هو المُسعِّر القابض الباسِط»(١)، ولأن الثمن حقُّ البائع، فكان له تقديرُه.

[فرع: بيع طعام المُحتكِر جَبْرًا عليه عند الحاجة]

(ومنها: بيعُ طعام المُحتكِر جَبْرًا عليه عند الحاجة)، أي: احتياج الناس إليه، (وامتناعِه عن البيع، فإن الحاكم يأمُره بالبيع)، فإن امتنع: باع عليه بأَخْذِ الطعام عليه ويُفرِّقُه عليهم، فإذا وجَدوا: ردُّوا مثلَه. وليس هذا حَجْرًا، وإنما هو للضرورة؛ دفعًا للضرر العامِّ.

[مطلب: في الاحتكار]

واعلم أن «الاحتكار على وُجوه: مكروهٌ إذا اشترى طعامًا في المصر، ونقَله إلى بيته، وأمسَكه، وذاك يضُرُّ بأهله. وأما إذا ذهب إلى مصر آخَرَ، واشتَرى، ونقله إلى مصره وأمسكه، وللناس حاجةٌ إليه، فعند أبي يوسف: يُكرَه، وعندهما: لا، بل يُستحَبُّ أن يبيعَه. وكذا لو حصَل له من زَرْعه، فلا بأس بإمساكه.

واختُلف فيما إذا اشتراه من رُستاق مصره، ونقَله إلى بيته وأمسكه، وللناس احتياجٌ إليه، فلا بأسَ به عندهما. وقال محمد: كلُّ قرية يُجلَب طعامُها إلى المصر فهي بمنزلة المصر.

---

(١) رواه بنحوه الترمذي في «سننه»، وقال: «حسن صحيح»، أبواب البيوع، باب ما جاء في التسعير، برقم (١٣١٤).

ثم الاحتكار المكروهُ لا يتحقَّق عند أبي حنيفة إلا من قُوت الناس، كالحنطةِ والأُرْز، والدُّخْن[١]، والذُّرَة، إذا كان في موضع يَتَّخِذُون الخُبزَ من الأُرْز، وعلَفِ الدَّوَابِّ، كالفَتِّ[٢] والتِّبْن[٣]، ولا يتحقَّق فيما سوى ذلك. وقال أبو يوسف: كل ما يضُرُّ إمساكُه بالناس، كالقُطْن والزَّيتِ ونحوِ ذلك، حتى الذهب والفضة والثياب، فهو احتكارٌ.

ثم مُدَّة الاحتكار إذا قلَّت لا يكون احتكارًا، وإذا طالت يكون احتكارًا. وعن أصحابنا أنهم قدَّرُوها بالشهر.

وإذا رُفع الأمر إلى القاضي يأمر المُحتكِرَ ببيع ما يفضُل عن قُوتِه وقُوتِ عَياله على اعتبار السَّعَة بمثل القيمة أو بغَبْن يسير، [ولا يُسعَّر، فإن باع بضِعف قيمته يُمنَع]، وفي نسخة الصدر الشهيد: حبَسه الإمامُ وهدَّده وعزَّره، ولا يبلُغ به أربعين سَوطًا، فإن امتنع عن البيع بعد ما تقدَّم: باعَه[٤] الإمامُ»، «خلاصة»[٥].

[فرع: منعُ اتخاذ حانُوتٍ للطَّبْخ بين البزَّازين]

(ومنها: اتخاذُ حانوت للطَّبْخ بين البزَّازِين)، فإنه يُمنَع منه إذا أضرَّ بالجيران ضرَرًا بيِّنًا، وهذا عندهما، وعليه الفتوى. وعنده: **كلُّ مَن تصرَّف في خالص ملكِه لا يُمنَع منه في الحكم**، وإن لحِق بالغير ضررٌ، وأفتى به طائفةٌ.

---

(١) في النسخ: (الدخين)، والمثبت من «خلاصة الفتاوى».
(٢) الفت: الكسر، ويراد هنا الخبز المفتوت. انظر: «تاج العروس» (٥/ ٢١).
(٣) التِّبن: ما تهشم من سيقان القمح والشعير بعد دياسه. انظر: المعجم الوسيط (ص ٨٢).
(٤) كذا في النسخ. وفي «الخلاصة»: (يحجره).
(٥) «خلاصة الفتاوى»، كتاب الكراهية، الفصل الرابع في المال من الإهداء والميراث، نوع منه في البيع (٤/ ٣٥٣-٣٥٤).

ومثله: لو اتخذ دارَه بُستانًا، وكانت الأرضُ رِخْوةً يتعدَّى ضرَرُ الماء إلى جدار جيرانه، أو جعَل دُكَّانَه طاحونةً، أو للقِصارة، أو حمَّامًا، أو إصطَبْلًا، أو تَنُّورًا للخُبز الدائم وأمثالها مما فيه ضرَرٌ بيِّنٌ للجيران: فلهم منعُه.

قال الصدر الشهيد: وكان والدي رحمه الله يُفتِي بأنه إذا كان الضررُ بيِّنًا يُمنع، وقال: الفتوى عليه، وهو جوابُ المشايخ. وأما جوابُ ظاهر الرواية: أنه لا يُمنع.

وفي «العمادية» و«الفصولين»: «وقيل بالمنع، وبه أخذ أكثرُ مشايخِنا، وعليه الفتوى»[1].

ومثله: عُلْوُ رجل وسُفْل آخَر، لصاحب العُلْو أن يبنيَ ما أراد ما لم يضُرَّ بالسفل، وعنده: له ذلك، أضرَّ أو لا. وإذا أشكَل أنه يضُرُّ أو لا: لا يملك. وإذا علِم لا يضُرُّ: يملك.

والحاصل أن الحكم عندهما معلولٌ بعِلَّة الضَّرَر، فإن أضرَّ مُنِع وإلا لا، وعنده معلولٌ بكونه خالصَ ملكِه، فلا يتعلَّق به ضررٌ ولا عدمه.

(وكذا كلُّ ضررٍ عامٍّ، كذا في «الكافي» وغيره. وتمامُه في «شرح منظومة ابن وهبان»). قال فيه تحت قول الناظم:

«ومن لم يضُرَّ الجارَ يهدم دارَه ... وينصب فيها ما يشاء ويشجر»

ما مُلخَّصُه:

«أراد أن يتَّخِذَ دارَه بُستانًا: ليس لجاره منعُه إن كانت الأرضُ صُلبةً لا يتعدَّى ضررٌ إلى جاره، وإن كانت رِخْوةً [يتعدَّى ضرَرُه إلى جاره][2]: له

---

(١) «جامع الفصولين»، الفصل الخامس والثلاثون فيما يمنع عنه وما لا يمنع (٢/ ١٩٤).

(٢) في النسخ: (يتضرر جدار داره)، بدل ما بين المعقوفتين. والمثبت من «شرح المنظومة الوهبانية».

منعُه. وعلى هذا، إذا جعل دُكّانه طاحونةً، أو للقِصارة، أو يجعل دارَه حمّامًا أو إصطبلا.

ولو أراد أن يبنيَ في داره طاحونةً، أو بيتًا للخَبز، أو مدقّات للقصّارِين: ليس له ذلك إن كان ضررًا فاحشًا لا يُمكِن التحرُّزُ عنه.

وإن أراد أن يجعل في داره حمّامًا: له ذلك؛ لأنه يمكن التحرُّزُ عنه، بأن يبنيَ بينه وبين حائطِ جارِه جدارًا بنَورة.

والأصلُ في هذه المسائل أن القياس: له ذلك، والاستحسان: لا؛ لأجل المصلحة. وكان الشيخ الإمام برهانُ الأئمّة يُفتِي بأنه إذا كان الضررُ بيّنًا: يُمنع، وبه يُفتى. وقال ابنه الحُسام الشهيد: وعليه الفتوى. وجوابُ ظاهر الرواية المنعُ.

يتفرّع عليه أيضًا ما لو رفَع بناءَه ليَسُدَّ على جاره الرِّيحَ والشمس، وكذا لو فتح في علو بنائه بابًا أو كُوَّة، وكذا لو بنَى بئرًا أو بالوعةً، فنزَا إلى حائطِ جاره[1]، وكذا لو اتخذ في غير النافذة حظيرةَ غنَم، ويَتأذَّى الجيران[2]».

ثم قال: «والحاصل: أن الذي عليه غالبُ المشايخ من المُتأخِّرين الاستحسانُ في هذه المسائل، وجوابُ ظاهر الرواية القياسُ، ويُفتِي به طائفةٌ. والذي أَمِيل إليه وأعتمِدُه وأفتَى به والدي أنه لا يُمنَع من التصرُّف في ملكه وإن أضرَّ بجاره. وفي حفظي أنه المنقولُ عن أئمّتنا الخمسة، والله أعلم»[3]، انتهى.

---

(١) وطلب منه تحويله: لم يجبر عليه، ولا يضمن الحائط إن انهدم من النزِّ.

(٢) من نتن السرقين، ولا يأمنون الرعاة: ليس لهم المنع في الحكم.

(٣) انظر: «شرح المنظومة الوهبانية»، كتاب القسمة والحيطان (٢/ ١٢٢ ـ ١٢٤).

[تنبيه: قاعدة: يُرتكَب أخفُّ الضررَين لإزالة أشدِّهما]

(تنبيهٌ آخَر: يُقيِّد) ذلك التنبيهُ (القاعدةَ) المذكورةَ (أيضًا)، كالتنبيه الأوَّل، (بما لو كان أحدُهما)، أي: البَلِيَّتَين، (أعظمَ ضررًا، فإن الأشدَّ منهما يُزال بالأخفِّ)، أي: بارتكابه.

وحاصلُ التقييد أن الضررَ لا يُزال بالضرر إذا لم يكن الضررُ الأوَّلُ أشدَّ من الضرر الثاني، ولكن هذا يُنافي التخييرَ إذا كانا مُتساوِيَين، كما سيأتي، اللهم إلا أن يُحمَل على سَلْب وجوبِ الإزالة.

[فرع: الإجبار على قضاء الدين وعلى النفقاتِ الواجبة]

(فمن ذلك)، أي: من قبيل إزالة الضرر الأشدِّ بارتكاب الأخفِّ: (الإجبارُ على قضاء الدَّين وعلى النَّفَقات الواجبة)، كنفقة الزَّوجة، مُسلمةً أو كافرة، صغيرةً أو كبيرة، بعد تسليم نفسِها، إلا أن تكون صغيرةً لا تُوطَأُ، أو محبوسةً بدَينها، أو ناشِزَةً، ونفقةِ مُعتدَّةِ الطلاق، والمُفرَّقة بلا معصيةٍ من قِبَلها، ونفقة الطِّفْل الفقير على أبيه، والبنت البالغة، والابنِ البالغ الزَّمِن أو الأعمى، ونفقةِ الأُصول الفُقراء على الفروع المُوسِرة، ونفقة الرقيق على المَولى. فإنَّ ضررَ تضييع الحُقوق لِدِينه أشدُّ من ضرر قضائها لدُنياه، بل ينبغي أن يُعَدَّ مثلُ هذا ضررًا.

[فرع: حَبْسُ الأب في نفقة ولِدِه، لا في دُيونه]

(ومنها)، أي: فروعها، (حَبْسُ الأب إذا امتنع عن الإنفاق على ولَدِه، بخلاف الدُّيون)، فإنَّ الأبَ لا يُحبَس لدَينِ ولَدِه[1]، وكذا كلُّ أصلٍ لدَين فرعِه.

(١) في هامش (ع): (قوله: لا يحبس الأب، لكن في «البيري» عن «العتابية» أنه لا يحبس الوالدان للولد بالدين. وكذا الأجداد، إلا في رواية عن أبي يوسف إذا تمرد، انتهى. إذ مقتضى قوله: عن أبي =

قيل: هذا إذا لم يظهَر للقاضي تمرُّدُه، وإلا فيَحبِسُه، كما في «جواهر الفتاوى».

[فرع: أدخل ساجَةً مغصوبة في بنائه]

(ومنها: لو غصَب ساجَةً)، بالجيم، وهو خشَبةٌ معروفة يُبنَى عليها البناء، (وأدخَلها في بنائه)، أو بنَى عليها على الصحيح، (فإن كانت قيمةُ البناء أكثرَ) من قيمة الخشَبة ينقطِعُ عنها حقُّ المالك، و(يَملِكها صاحبُه)، أي: البناء، (بالقيمة)، أي: قيمة الخشبة؛ لما في إخراجها من الضرر، (وإن كانت قيمتُها)، أي: الخشبة، (أكثرَ) من قيمة البناء، (لم ينقطِعْ حقُّ المالك عنها)، فله نقضُ البناء مالم يُرْضِه صاحبُه.

وأما «لو تساوَيا، فإن اصطلحا على شيءٍ: جاز، وإن تنازَعا: يُباع البناءُ عليهما، ويُقسَم الثمَنُ بينهما على قدر مالِهما»، «خانية»[1].

بقي: لو أراد الغاصبُ نقضَ البناء ورَدَّ الساجَة، هل له ذلك؟ «إن قُضِي عليه بالقيمة: لا يحِلُّ، وقبله قيل: يحِلُّ، وقيل: لا؛ لتضييع المالِ بلا فائدة»، «در منتقى»[2].

وفي «الخلاصة»: «إذا غصَب ساجَة، وبنَى عليها: لا ينقطِع حقُّ المالك. وقال

= يوسف، أنه على غير هذه الرواية لا يحبس، انتهى. ويشهد لهذا ما في إطلاق «الملتقى» و«التنوير» أنه لا يحبس الأصل بدين الفرع. نعم؛ يبيع عليه القاضي عندهما عقاره ومنقوله، وهو الصحيح، وعنده: يقضي القاضي فيه من عين ماله أو قيمته. وهل يحبس لمحرمه لو أبى؟ لم أره لكن سيجيء أنه لا يضر المحبوس إلا في ثلاث، منها أقاربه بقيده، فتأمل عند الفتوى، «در». وكذا يحبس الرجل لنفقة زوجته المقدرة إن أبى، لا للماضية وإن قضي بها؛ لأنها ليست بدل مال بمال إلا إذا برهنت على يساره، «در منتقى».

(١) «فتاوى قاضي خان»، كتاب الغصب، فصل فيما يصير به المرء غاصبا وضامنا (٣/ ٢٤٢).

(٢) «الدر المنتقى»، كتاب الغصب، فصل فيما يوجب الملك (٤/ ٨٨).

الكرخي: إن كانت قيمةُ البناء أكثرَ: ينقطع. قال: وبعض المتأخِّرين أفتَوا بذلك، وهو حسن. ونحن نُفتِي بجواز «الكتاب»» ـ يعني: «مختصر القدوري» ـ «وهو المختار عندهم»[(١)].

[فرع: بنَى أو غرَس على الأرض المغصوبة]

(ومنها: لو غصَب أرضًا، فبنَى عليها أو غرَس، فإن كانت قيمةُ الأرض أكثرَ من قيمتها: قُلِعَا)، أي: البناءُ والغَرْس، (ورُدَّتْ) الأرضُ إلى صاحبها، (وإلا) يكُنْ قيمةُ الأرض أكثرَ من قيمتها: (ضمِن) الغاصبُ (قيمتَها)، أي: الأرض.

ولا يخفى أن هذا إذا لم يضُرَّ القلعُ بالأرض، وإلا فإن أضرَّ بها: فللمالك أن يضمَن لصاحب البناء والغَرْس قيمةَ البناء والغرس مقلوعَين، ويتملَّكُها. وإنما يضمَن قيمتَهما مقلوعَين لأنها تستحِقُّ القَلْع.

ولا يخفى أن قوله: «وإلا ... إلخ»، يشمَل صورةَ المُساوَاة، وفيه ما مرَّ.

ثم ما ذكره من التفصيل هو المنقولُ في «الذخيرة»[(٢)]، لكن إطلاق «الكنز» و«الملتقى» يُخالفه، فإنهما قالا: «ومن بنَى في أرض غيره أو غرَس: أُمِر بالقلع والردِّ»[(٣)].

وفي «القهستاني» عن «العمادية»: أنه يُفتى بإطلاق «الكتاب». وهذا إذا لم يُقضَ عليه بالقيمة، وإلا فلا يحِلُّ القلعُ، وقيل: يحِلُّ، كما في «الزاهدي»»[(٤)].

---

(١) «خلاصة الفتاوى»، كتاب الغصب، الفصل الثاني في انقطاع حق المالك (٤/ ٢٧٨).

(٢) انظر: «الذخيرة البرهانية»، كتاب الغصب، الفصل الثاني في حكم الغصب (٨/ ٢١).

(٣) انظر: «ملتقى الأبحر» مع «المجمع»، كتاب الغصب، فصل فيما يوجب الملك (٤/ ٨٦ ـ ٨٧).
وعبارة «كنز الدقائق»، كتاب الغصب (ص ٥٧٨): «ولو غرس أو بنى في أرض الغير: قلعا وردَّت».

(٤) «جامع الرموز»، كتاب الغصب (٢/ ١٧١).

والمراد بضمان قيمتهما مقلوعَين: ضمانُ قيمتهما قائمَين في الأرض مُستحِقَّين القلعَ، لا ضمانُ قيمتِهما مقلوعَين، أي: حطبًا وحِجارةً مُكوَّمة؛ إذ المقلوعُ قيمتُه أكثرُ من القائم، فإن المُؤنةَ والأُجرةَ صُرِفَتْ في قَلْعِ المقلوع دون القائم، كما في «النهاية» وغيرها. وطريقُ معرفة ذلك: أن «تُقوَّم الأرضُ بلا شجَرٍ وبلا بناءٍ، وتُقوَّم مع أحدِهما حالَ كونِه مُستحِقَّ القلع، فيضمَن الفضلَ»، «ملتقى»[١].

«وهذا إذا لم يكن البناء في تراب الأرض، وإلا فالبناءُ لربِّ الأرض. وقيل: إن لم يكن للتراب قيمةٌ، فالبناءُ لربِّها، وإلا للباني، وعليه قيمةُ التُّراب»، «خانية»[٢].

لا يقال: الغَصْبُ لا يَتأتَّى في العَقار عندهما، قلنا: إنه لا يَتأتَّى في حكم وجوب الضمان، لا فيما وراء ذلك، كوُجوب الردِّ واستحقاقِ الأُجرة، «شُمُنّي»، «در منتقى»[٣].

[فرع: لو ابتلعَتْ دجاجةٌ لُؤلُؤةً يُنظَر إلى أكثرها قيمةً]

(ومنها: لو ابتلعَتْ دَجاجةٌ لُؤلُؤةً[٤]: يُنظَر إلى أكثرها قيمة، فيَضمَن صاحبُ الأكثر قيمةَ الأقلِّ).

[فرع: أدخَل فصيلَ غيرِه دارَه، أو أدخَل البقرُ رأسَه في قِدْرٍ من نُحاس]

(وعلى هذا: لو أدخَل فصيلَ غيرِه)، وهو ولدُ الإبل، مغصوبًا كان الفصيلُ أو وديعةً، (في داره، فكبُر الفصيلُ فيها، ولم يُمكِن إخرجُه إلا بهَدْم الجِدار)، يُنظَر

(١) «ملتقى الأبحر» مع «مجمع الأنهر»، كتاب الغصب، فصل فيما يوجب الملك (٤/ ٨٧-٨٨).
(٢) «فتاوى قاضي خان»، كتاب الغصب، فصل فيما يوجب الملك (٤/ ٨٧-٨٨).
(٣) «الدر المنتقى»، كتاب الغصب، فصل فيما يصير به المرء غاصبا وضامنا (٣/ ٢٤١).
(٤) في هامش (ع): (قوله: لؤلؤة، لكن في مسكين يخير صاحب اللؤلؤة بين أن يأخذ الدجاجة بقيمتها وبين أخذه قيمة اللؤلؤة، انتهى).

إلى أكثرِهما قيمةً، فيضمَن صاحبُ الأكثر قيمةَ الأقلّ لصاحبه، فيَهدِمُه أو يَتملَّكُه، وتُعتبر القيمةُ يومَ صار الفصيلُ بحالٍ لا يمكن إخراجُه.

وهذا إذا أدخَله صاحبُ البيت، أو استعار من غيره بيتًا فأدخَل فيه الفصيل.

وأما إذا أدخَله صاحبُ الفصيل، فيُقال له: إن أمكَنك إخراجُ الفصيل فأَخرِجْه، وإلا فَاذْبَحْه، واجعَلْها إِرْبًا إِرْبًا؛ دفعًا للضرر عن صاحب البيت.

ولو كان مكان الفصيل حِمارٌ أو بَغْلٌ، فإن كان ضررُ قَلْع الباب فاحِشًا: فكذلك، وإن كان يسيرًا: كان لصاحب الحِمار أو البَغْل أن يقلَعَ البابَ، ويلتزِمَ نُقصانَ البيت لتَصِلَ الدَّابَّةُ إلى صاحبها، ويندفِع الضررُ عن صاحب البيت بإيجاب الضمان.

(وكذا لو أدخَل البقَرُ رأسَه في قِدْرٍ من النُّحاس) مثلا، **(فتعذَّر إخراجُه)**: يُنظَر إلى أكثرهما قيمةً، فيضمن صاحبُ الأكثر الأقلَّ، ويَتملَّكُه. وإن كانت قيمتُها على السواء: يُباعُ عليهما ويَقسِمان الثمَن.

(هكذا ذكَر أصحابُنا) عن محمد مسكين[1]، **(كما ذكره الزيلعيُّ في كتاب الغصب[2])**.

الأصلُ في جِنْس هذه المسائل أنه متى تغيَّرت العَينُ المغصوبة بِفِعل الغاصب، حتى زال اسمُها وأعظمُ منافعِها، أو اختَلط بمِلك الغاصب بحيث لا يمكن تمييزُها أصلا، أو إلا بحرَجٍ: ينقطع ملكُ المغصوب منه عنها، وتصير ملكَ الغاصب بالضمان، ولكن لا يحِلُّ له الانتفاعُ بها قبل ضمانها، ومتى لم تَتغيَّر العينُ المغصوبة بِفِعل الغاصب: لم ينقطِعْ ملكُ المغصوب منه عنها، بل يأخُذ عينَ ملكِه.

---

(١) «فتح المعين» لملا مسكين (٣/ ٣١٨).

(٢) انظر: «تبيين الحقائق»، كتاب الغصب (٥/ ٢٢٩).

أما المنقطع، فكمَن غصَب شاةً، فذبَحها وشوَاها أو طبَخها، أو غصب حنطةً فطحَنها، أو خلَط حنطة الغاصب بحيث لا يتميَّز، أو غصَب صُفْرًا فعمِله آنيةً، أو غصَب سِمْسِمًا أو عِنبًا فعصَره، أو حنطة فزرَعها وأدرك الزَّرْعُ، أو قُطنًا فغزَله ونسَجه، أو غزَله في الأصحِّ، أو ثوبًا فقطَعه وخاطَه، ففي هذه ينقطع حقُّ المالك عنها، ويضمَنُها عندنا، خلافًا للشافعي.

ولو غصَب ذهبًا أو فِضَّةً، فضرَبها دراهمَ أو دنانيرَ أو آنيةً: لم ينقطِع مِلكُ المغصوب منه عنها عنده، وينقطع عندهما.

وأما الذي لا ينقطع حقُّ المالك، فكما إذا غصَب شاةً، فذبَحها وسلَخها، أو ثوبًا فقطَعه، أو قَلْبَ فِضَّةٍ فكسَره، أو نُقْرةً فسبَكها، أو ثوبًا فصبَغه، أو عبدًا فأبَق منه، أو غَزْلا فسَدَاه، أو قُطنًا فحلَجه، أو دقيقًا فخبَزه، أو سَويقًا فلتَّه، أو أرضًا فبنَى عليها وقيمةُ البناءِ أكثرُ، أو ساجَةً فأدخَلها في بنائه وقيمتُها أكثرُ من قيمة البناء، أو لَحْمًا فجعَله إرْبًا إربًا.

ففي المُنقطِع: يضمن الغاصبُ قميةَ المغصوب؛ لأن ضررَه أشدُّ من ضرر المغصوب منه، وفي غير المنقطع: المغصوبُ منه مُخيَّرٌ، إن شاء أخذ العينَ المغصوبة؛ لأنها عينُ ماله، وإن شاء ضمَّنه القيمة.

(وفصَّل الشافعية) في مسألة إدخالِ البقر رأسَه القِدْرَ، **(فقالوا: إن كان صاحبُ البهيمة معها: فهو مُفرِّطٌ بتركه الحفظَ، فإن كانت البهيمةُ غيرَ مأكولة)**، كالحمار والبَغْل: **(كُسِرت القِدر، وعليه)**، أي: صاحب البهيمة، **(أَرْشُ النَّقْص)**، أي: نُقصان القِدْر؛ لتقصيره في حفظ البهيمة، **(أو مأكولةً، ففي ذَبْحِها وجهان. وإن لَمْ يكُنْ)** صاحبُ البهيمة **(معها، فإن فرَّط صاحبُ القِدر)**، بأن وضَعها في غير مَحلٍّ له فيه حقُّ الوضع، أو ترَكها مفتوحةً: **(كُسِرت القِدرُ، ولا أَرْشَ)**، أي: أرش نقصانِها؛ لتقصيره في

حفظها، (وإلا) يُفرِّط صاحبُ القِدر: كُسِرت القِدرُ، (فله)، أي: لصاحبها، (الأرشُ)، أي: أرش نقصانها على صاحب البهيمة.

[فرع: سقطت دينارٌ في مَحبَرةِ غيرِه، ولم يخرُج إلا بكَسْرها]

(وينبغي أن يُلحَق بمسألة البقَرة ما لو سقَطت دينارُه في مَحبَرةِ غيرِه)، أي: دَوَاته، (ولم يخرُج إلا بكَسْرها)، فيُنظَر إلى أيِّهما أكثرُ قيمةً، ويضمن صاحبُ الأكثر الأقلَّ.

ولكن في «الجوهرة»: «وقع درهمٌ أو لُؤلُؤَةٌ في مَحبَرة، وكان لا يخرُج إلا بكَسْرها، إن كان ذلك بفعل صاحبِ المَحبَرة، وكان أكثرَ قيمةً من المَحبَرة: كُسِرت، وإلا غُرْمَ على صاحب الشيء الواقع فيها، وإن وقع بفعل صاحبِ الشيء، أو بغير فعلِ أحدٍ: كُسِرت أيضًا، وعلى صاحب الشيء قيمةُ المَحبَرة إن شاء؛ وإلا صبَر حتى تكسِر»[1]، انتهى.

[فرع: جواز دخول بيتِ الغير إذا سقط متاعُه فيه وخافَ عليه منه]

(ومنها)، أي: فروع ذلك، (جواز دخول بيتِ غيره) بلا إذنه (إذا سقَط مَتاعُه فيه، وخافَ صاحبُه)، أي: المتاع، (أنه لو طلَبه منه لأَخْفَاه)؛ فإن ضررَ الإخفاء أشدُّ من ضرر الدُّخول فيه بلا إذنه.

وفي «البزازية» بعد نقل هذه المسألة: «وينبغي أن يُعلِم ذلك أهلَ الصَّلاح أنه إنما دخَلها لهذا، وإن لم يكن بحضرتِها[2] أهلُ الصَّلاح، وأمكنه أن يدخُل ويأخُذَه سِرًّا: فلا بأسَ به»[3]، انتهى.

---

(1) «الجوهرة النيرة»، كتاب الغصب (١/ ٣٤٣).

(2) في النسخ: (بحضر بها). والمثبت من «غمز العيون».

(3) انظر: «فتاوى قاضي خان»، كتاب الحظر والإباحة، أواخر فصل التسبيح والتسليم (٣/ ٤٣٢). ولم أجدها في «البزازية».

[فرع: الظَّفَر بجِنْس دَينه]

(ومنها: مسألة الظَّفَر بجِنس دَينه)، فإنـه يأخُذه بلا رضا المديون، والدراهمُ والدنانير جنسٌ واحدٌ استحسانًا، لا قياسًا، «قنية».

وفي «الخانية»: «رجلٌ له على آخَر دراهمُ، وظفِر بدراهمِ مديونه: كان له أن يأخُذ الدراهمَ إذا لم يكُن دراهمُه[١] أجودَ، ولم يكُن مُؤجَّلا. وإن ظفِر بدنانيرِ مديونه: في ظاهر الرواية ليس له أن يأخُذ الدنانير، وفي كتاب الدَّين له أن يأخُذ، والصحيحُ هو الأوَّلُ»[٢]، انتهى.

فهما جنسان في هذا الحكم، ولكن في «التاتارخانية» بعد مُوافَقة «الخانية» في هذا التصحيح أن «له أن يأخُذ دراهمَ المديون، مؤجَّلا كان أو لا»[٣].

---

(١) أي: المديون.

(٢) «فتاوى قاضي خان»، كتاب البيوع، باب الصرف (٢/ ٢٥٢).

(٣) هكذا ذكره الحموي في «غمز العيون» (١/ ٢٨٥)، ونقله عنه أبو السعود في «عمدة الناظر» (ل/ ١٧٧/ أ)، ولم أجد في «التاتارخانية» (١٠/ ٥٤) غير ما نقله عن «الخانية». وقد جمع المولى أبو السعود بين ما في «الخانية» وما ذكروه عن «التاتارخانية»، فقال: «واعلم أنه يمكن التوفيق بحمل ما في «التاتارخانية» على ما إذا كان الدين قرضا، فظهر وجه قوله: «مؤجلا كان أو لا»؛ لكون الأجل في القرض ليس بلازم، فلا يخالف ما في «الخانية» من قوله: «ولم يكن مؤجلا»، بمعنى: وكان قبل حلول الأجل؛ لحمله على ما عدا القرض. ثم رأيت في «الكنز» و«شرح ملا مسكين» ما نصه: ولو كان دينه دراهم، وله دنانير، أو بالعكس: بيع الدنانير في الأول، والدراهم في الثاني في دينه استحسانا عند أبي حنيفة، انتهى. فمفهوم قوله: عند أبي حنيفة أنه عندهما له الأخذ. فظهر أن الإمام هو القائل بأن الدراهم والدنانير جنسان، فعلى مذهب الإمام ليس له أخذ الدنانير عن الدراهم؛ بل لا بد من بيعها، وكذا العكس. وسبق أنه الصحيح. وأما على القول بأنهما جنس واحد، وهو قول الصاحبين، له الأخذ بدون حاجة إلى البيع. بقي أن يقال: ما ذكر العلامة ملا مسكين حيث جعل مذهب الإمام هو الاستحسان، مخالف لما قدمناه عن الغزي من أن الدراهم والدنانير جنس

[فرع: جواز شقِّ بطن المرأة الميتة لإخراج الولد]

(ومنها): ما ذكره في «الخانية»(١)، وهو (جوازُ شقِّ بطنِ المرأة المَيتة) من الجانب الأيسَر لو ماتَت وهي حُبلَى، (لإخراج الولد من بطنها، إن كان يُرجَى حياتُه(٢))، أي: الولد، بأن كان يضطَرِب ويَتحرَّك.

وفي «التحفة»: «إن كان غالبُ الظنِّ أنه [ولدٌ حيٌّ، وهو](٣) في مُدَّة يعيش(٤): فإنه يشق بطنها؛ لأن إحياءَ الآدميِّ بترك تعظيمِ الآدميِّ أهونُ من مُباشَرة [سبب]الموت»(٥).

= واحد في الاستحسان. فعلى ما ذكره الغزي يكون مذهب الإمام القائل بأنهما جنسان مختلفان، وقد علمت أن الصحيح هو القياس، فتكون هذه المسألة مما قدم فيه القياس على الاستحسان على خلاف ما هو الأصل فيما إذا كان في المسألة قياس واستحسان، فإنه يقدم الاستحسان، إلا في مسائل معدودة. وأما على ما ذكره ملا مسكين، فلا».

(١) «فتاوى قاضي خان»، كتاب الصلاة، باب في غسل الميت (١/ ١٨٨)، وكتاب الغصب (٣/ ٢٤٤).

(٢) في هامش (خ): (وفي «البيري» أول هذه القاعدة ما نصه: وفي «قاضي خان»، أي: من الحظر: وإذا اعترض الولد في بطن الحامل، ولم يجدوا سبيلا لاستخراج الولد إلا بقطع الولد إربا إربا، ولو لم يفعلوا يخاف هلاك الأم: قالوا: إن كان الولد ميتا في البطن: لا بأس به، وإن كان حيا: لم يجز أن يقطع الولد إربا إربا؛ لأنه قتل النفس المحرم لصيانة نفس أخرى من غير تعد منه، وذلك باطل، انتهى. ثم رأيت في «الملتقطات» من الكراهة معللا لما نقلناه عن «قاضي خان» في مسألة موت المرأة الحامل بأن حرمة الحي فوق حرمة الميت، انتهى. وفي «المحيط»: لأن ذلك سبب إلى إحياء نفس محترمة بترك تعظيم الآدمي وحرمته، وترك التعظيم أهون من إتلاف الآدمي، انتهى، كذا تمام عبارة «البيري»). انظر: «عمدة ذوي البصائر» (١/ ٢٢٢).

(٣) في النسخ: (يرجى). والمثبت من «تحفة الفقهاء».

(٤) أي: غالبا.

(٥) «تحفة الفقهاء»، كتاب الاستحسان، باب آخر منه (٣/ ٣٤٥).

«ولو دُفِنت، مع أن الولد يتحرَّك في بطنها، [ثم رُؤِيت في المنام أنها تقول: ولدتُّ، لا][١] يُنبَش القبر[٢]»، «خلاصة»[٣].

(وقد أمَر به)، أي: الشقّ والإخراج، (أبو حنيفة رحمه الله تعالى)، وكذا محمدٌ، فعاشَ الولدُ، كما في «المُلتقَط»[٤]).

[حكم شقِّ بطن الإنسان لإخراج اللُّؤلُؤة والدُّرَّة والدنانير]

(قالوا)، «أي: المُتأخِّرون، لأن المسألة مَروِيَّةٌ عن محمد»، «بيري»[٥]، (بخلاف ما لوابتلَع شخصٌ لُؤلُؤَةً، فمات) المُبتلِعُ ولم يدَعْ مالًا: (فإنه لا يُشَقُّ بطنُه)، وعليه القيمةُ.

وقيَّده في «الجوهرة» بما «إذا وصَلت إلى جوفه لفسادها، بخلاف ما إذا كانت قبل الوصول، فإنها لا تفسُد، فيُشَقُّ».

(لأن حُرمةَ الآدمي أعظمُ من حُرمة المال). وهذا التعليل، وإن كان لعدم الشقِّ في اللُّؤلُؤة، يُستفادُ منه الفرق بين المسألتَين.

ولكن في «البزازية» في باب الاستحسان: «اضطَّرَب الولدُ في البطن، وقد ماتَت: لا يُشَقُّ بطنُها. وكذا لو ابتلَعت دُرَّةَ إنسانٍ وماتَت: لا يشقُّ بطنُها؛ لأن حُرمة الآدمي أعظمُ من المال»[٦]، انتهى.

---

(١) ما بين المعقوفتين من «الخلاصة».

(٢) في النسخ هنا زيادة قوله: (ويشق).

(٣) «خلاصة الفتاوى»، كتاب الكراهية، الفصل الثاني في العبادات، ما يتصل بهذا (٤/ ٣٤٤).

(٤) «الملتقط»، كتاب الآداب، مطلب: يشق بطن الميت الحامل (ص ٢٦٥).

(٥) «عمدة ذوي البصائر» (١/ ٢٣١).

(٦) «الفتاوى البزازية»، كتاب الاستحسان (٦/ ٣٧٩).

ونقل عنه فيها: «يُشَقُّ بطنُه في اللُّؤلُؤة والدَّنانير»، وأن عدم الشقِّ في اللُّؤلُؤة إنما هو روايةٌ عن محمد[١].

قال البيري: «ورواية الشقِّ في اللُّؤلُؤة ذكرها الجرجاني في باب الحِيطان عن أصحابنا»[٢].

لكن في «الخلاصة»: «رجلٌ ابتلَع دنانيرَ غيرِه، ثم مات: يُشَقُّ بطنه». ثم قال: «رجل ابتلَع دُرَّةً، ومات المبتلِعُ، ولم يدَعْ مالا: لا يُشَقُّ بطنُه، وعليه القيمةُ؛ لأن الدُّرَّة تفسُد في البطن، فلا يُفيد الشقُّ، والدنانير لا تفسُد»[٣]، انتهى.

والدراهمُ كالدنانير.

وقيَّده البيري بالعشرة[٤]، فظاهرُه إذا كانت تسعةً لا يُشَقُّ.

فقد علمتَ أن المُصنِّف وافَق صاحبَ «الخلاصة» و«البزَّازية» في رواية محمد، وأنَّه[٥] خالَفهما في الحكم الأوَّل والتعليل، تأمل.

---

(١) قال في «البزازية»، كتاب البيوع، الفصل السادس عشر في الحظر والإباحة، النوع الثالث المتفرقات (٤/ ٥٢٠): «مات رجل، وقد ابتلع لؤلؤة غيره، أو دنانير غيره: يشق بطنه...، وعن محمد: إذا مات المبتلع، ولم يدع مالا: لا يشق بطنه لو درة، وعليه القيمة؛ لأن الدرة تفسد فيه، فلا يفيد الشق».

(٢) «عمدة ذوي البصائر» (١/ ٢٣١).

(٣) «خلاصة الفتاوى»، كتاب البيوع، الفصل السادس في الحظر والإباحة، الجنس الثالث في المتفرقات (٣/ ١٠٠).

(٤) قال في «عمدة ذوي البصائر» (١/ ٢٣١): «وفي «تلخيص الكبرى»: ولو بلع عشرة دراهم، ومات: يشق، كما شق بطن حامل لموت، وهذا نص أصحابنا. وفي «الأمالي» جعل هذا جواب محمد».

(٥) في النسخ: (وان).

(وسوّى الشافعيةُ بينهما[١])، أي: المسألتين (في جواز الشق. وفي «تهذيب القلانسي» من الحظر والإباحة: وقيمةُ الدُّرَّة في تركَتِه، وإن لم يترُك شيئًا: فلا يجب شيءٌ على الورَثة). وهذا يُنافي ما نُقل عن «الخلاصة».

وإذا لم يمُت بعد الابتلاع: يضمَن قيمتَها، ولا يُنظَر إلى أن يخرُج منه، كذا في بعض الفتاوى.

[فرع: جواز القِسمة بطلب صاحب الأكثر]

(ومنها: طلَبَ صاحبُ الأكثر) من الدار المُشتَركة (القسمةَ)، وشريكُه يتضرَّر، (فإنَّ صاحبَ الكثير يُجاب على أحد الأقوال فيه؛ لأن ضررَه)، أي: صاحب الكثير في عدم القسمة، (أعظمُ من ضرر شريكِه بها)، أي: القسمة؛ لأن ضررَه في ترك القسمة بعدم مَنْعِ غيرِه في الانتفاع بملكه، وضررُ الشريك الآخَر في ترك القسمة بعدم الانتفاع بملكِ غيره، ولا شكَّ أن الأوَّل أعظمُ من الثاني، «ولا يُعَدُّ الثاني ضررا حقيقةً؛ لأن المحكوم عليه في شيءٍ لا بد له من الضرر، ولو كان ذلك مانعًا من الحكم: لما وصَل أحدٌ إلى حقِّه»، كذا في «الزيلعي»[٢].

قال في «الخانية»: «دارٌ مشتركة بين رجلَين، نصيبُ أحدِهما أكثرُ، فطلَب صاحبُ الكثير القسمةَ، وأبَى الآخَر: فإن للقاضي أن يقسِم عند الكل. وإن طلب صاحبُ القليل القسمةَ، وأبَى صاحبُ الكثير، فكذلك على اختيار الشيخ الإمام المعروف بخواهر زاده، وعليه الفتوى»[٣].

---

(١) «الأشباه والنظائر» للسيوطي، الكتاب الثاني، القاعدة الثانية، فصلٌ فيما يدخل فيها (ص ١٠٨). قال: «لا بد من النظر لأخفهما وأغلظهما، ولهذا شُرِع... شقُّ بطن الميت إذا بلع مالًا».

(٢) انظر: «تبيين الحقائق»، كتاب القسمة (٥/ ٢٦٩).

(٣) «فتاوى قاضي خان»، كتاب القسمة (٣/ ١٤٩).

وقال الصدر الشهيد: «وعليه الفتوى»(١).

وفي «الخلاصة» و«البزازية»: «وإن كان طالبُ القسمة صاحبَ الكثير، والآبي عنها صاحبَ القليل: يقسم بالاتفاق، وعلى القلب لا يقسم»(٢). ذكره السرخسي(٣)، وهكذا في «شرح الطحاوي»، وصحَّحه الحاكم في «الكافي» وغيره. قال ابنُ قطلوبغا: «ومشى عليه الأئمَّة: البُرهاني، والنسَفي، وصدرُ الشريعة، وغيرهم»(٤).

إذا علمتَ ذلك فقولُ المُصنِّف: «فإن صاحبَ الكثير يُجاب على أحد الأقوال»، فيه: أنه يُجاب على جميع الأقوال، وإنما الخلافُ في صاحب القليل، ففي رواية الخصَّاف: لا يُجاب، وفي رواية الجصَّاص: يجاب، والأصحُّ روايةُ الخصَّاف، كما في «الهداية»(٥) و«الزيلعي»(٦) و«المحيط».

[القاعدة المتفرعة الرابعة: إذا تعارَض مَفسَدتان رُوعِيَ أعظمُهما ضررًا بارتكاب أخفِّهما]

(ونشَأ من هذه القاعدة)، أي: قاعدة «الضرر لا يُزال بالضرر»، **(قاعدة رابعة، وهي: إذا تعارَض مَفسَدتان رُوعِي أعظمُهما ضررًا بارتكاب أخفِّهما)**.

قيل: إن هذه القاعدة عينُ السابقة، وإنما الاختلاف في العنوان(٧)، فتأمل.

---

(١) «المحيط البرهاني»، كتاب القسمة، الفصل الثالث في بيان ما يقسم وما لا يقسم (١١/ ١٤٠).

(٢) «خلاصة الفتاوى»، كتاب القسمة، بداية الفصل الأول فيما يقسم (٤/ ٢٠٩)، و«الفتاوى البزازية»، كتاب القسمة، بداية الفصل الأول فيما يقسم وما لا يقسم (٦/ ١٤٢).

(٣) انظر: «المبسوط»، كتاب القسمة (١٥/ ١٣).

(٤) «التصحيح والترجيح»، كتاب القسمة (ص ٤٤٩).

(٥) «الهداية» مع «نتائج الأفكار»، كتاب القسمة، فصل فيما يقسم وما لا يقسم (٩/ ٤٣٥).

(٦) «تبيين الحقائق»، كتاب القسمة، قوله: «وإن انتفع البعض وتضرر البعض» (٥/ ٢٦٩).

(٧) «غمز العيون» (١/ ٢٨٦).

(قال الزيلعي في باب شروط الصلاة[١]) بعد ما ذكَر الأقوالَ في المُصلِّي الذي أقلُّ من رُبْع ثوبِه طاهرٌ: (ثم الأصلُ في جنس هذه المسائل: أن مَن ابتُلِي ببَلِيَّتَين)، قيل: صوابُه: مَن خُيِّرَ ببَلِيَّتَين، أو ابتُلِي بإحدى بليَّتَين؛ لأن مَن ابتُلِي بهما لا يسلَم منهما، فكيف يختار أحدَهما؟ ويمكن أن يقال: إنه على حَذْفِ مُضاف، أي: أحدهما.

(وهما مُتساوِيتان: يأخُذ أيَّتَهما شاء، وإن اختَلفتا: يختارُ أهونَهما؛ لأن مُباشَرة الحرام لا تجوز إلا للضرورة، ولا ضرورةَ في حقِّ الزيادة)، حتى يجوز اختيارُ أعظمِهما.

[فرع: رجلٌ لو سجَد سالَ جُرحه، وإن لم يسجُدْ لم يسِلْ: ترَك السُّجود]

(مثالُه: رجلٌ له جُرْحٌ، لو سجَد سالَ جرحُه، وإن لم يسجُد لم يَسِلْ)، فإنه قد ابتُلي ببَلِيَّتَين: إحداهما: الصلاةُ مع الحدث، والأُخرى: الصلاة بترك السُّجود والإتيانِ ببدله[٢]: (فإنه يُصلِّي قاعدًا يُومِئ بالرُّكوع والسُّجود؛ لأن تركَ السُّجود أهونُ) ضررًا (من الصلاة مع الحدَث؛ ألا ترى أن ترك السجودِ جائزٌ حالةَ الاختيار في التطوُّع على الدَّابَّة، ومع الحدَث لا تجوز) الصلاةُ (بحالٍ)، إلا عند أبي يوسف إذا لم يمكنه الوضوءُ والتيمُّمُ، فإنه يُصلِّي بالإيماء. قيل: وإلا لصاحب العُذر، ولا حاجة إليه مع قوله: «حالة الاختيار».

ولا يخفَى ما في كلامه من الإشارة إلى أن الإيماءَ بالرُّكوع والسُّجود لا يجوز حالَ القيام، بل يختصُّ بحالة القُعود، حيث قال: «يصلي قاعدًا بالإيماء»، ولم يقل: يُصلِّي بالإيماء، مع أن عدمَ السَّيَلان عند عدم السجدة يمكنُ بالإيماء حالةَ القيام أيضًا.

---

(١) «تبيين الحقائق»، كتاب الصلاة، باب شروط الصلاة (١/ ٩٨).

(٢) في النسخ: (بدله)، ولعل الصواب ما أثبت.

وعبارتُهم في هذه المسألة مختلفةٌ، ففي «الهداية» ما يدلُّ على عدم جواز الإيماء حالةَ القيام، حيث قال في الذي لا يجد ثوبًا: «فإن صلَّى قائمًا: أجزأه؛ لأن في القعود سَتْرُ العَورة الغليظة، وفي القيام أداءُ هذه الأركان، فيَمِيل إلى أيّهما شاء»[١]، ولو كان الإيماءُ جائزًا حالةَ القيام: لما استقام قولُه: «وفي القيام أداءُ هذه الأركان».

وصرَّح في «الملتقى»[٢] بأنه «إن شاء صلَّى عُريانًا بالرُّكوع والسُّجود، أو مُومِئًا بهما، إما قائمًا أو قاعدًا»[٣].

وكذا في «الخلاصة»، لكن من غير تخيير، بل علي أن يقوم ويقرأ، ويقعُدَ ويُومئ للسُّجود، ولا يتركَ القيامَ والركوع[٤].

ورجَّح الزيلعيُّ ما في «الهداية»[٥].

وفي «الفتح»: «متى قدَر المعذورُ على ردِّ السَّيَلان برِباطٍ، أو حَشْو، أو كان لو جلَس لا يَسِيل ولو قام سالَ: وجب ردُّه؛ فإنه يخرُج بردِّه عن أن يكون صاحبَ عُذر، ويجب أن يُصلِّي جالسًا بإيماء إن سال بالمَيَلان؛ لأن تركَ السُّجودِ أهونُ من

---

(١) «الهداية» مع «فتح القدير»، كتاب الصلاة، باب شروط الصلاة التي تتقدمها (١/ ٢٦٤).

(٢) المراد هنا «ملتقى البحار»، كما صرح به صاحب «التبيين» (١/ ٩٨)، وصاحب «مجمع الأنهر» (١/ ١٢٤)، لا «ملتقى الأبحر». و«ملتقى البحار» في الفروع لشمس الدين محمد بن محمد القونوي المتوفى سنة ٧٨٨هـ. انظر: «كشف الظنون» (٢/ ١٨١٦).

(٣) «ملتقى الأبحر» مع «مجمع الأنهر»، كتاب الصلاة، باب شروط الصلاة (١/ ١٢٣ ـ ١٢٥).

(٤) قال في «خلاصة الفتاوى» (٤/ ١٩٧): «وكذا لو كان (أي: المجروح) بحال إذا سجد يسيل جرحه، فإن قام وقرأ وركع، ثم قعد وأومأ للسجود: جاز».

(٥) انظر: «تبيين الحقائق»، كتاب الصلاة، باب شروط الصلاة (١/ ٩٨).

الصلاة مع الحدَث؛ لأن ترك السجود جائزٌ حالةَ الاختيار في التطوُّع على الدَّابَّة، ومع الحدَث لا تجوز الصلاةُ بحالٍ. ومن هذا قلنا: لو كان بحيث لو صلَّى قائمًا أو قاعدًا سال جُرحُه، وإن استلقى لا يسِيل: وجب القيامُ والرُّكوعُ والسُّجود؛ لأن الصلاة كما لا تجوز مع الحدَث إلا ضرورة، لا تجوز مُستلقِيًا إلا بها، فاستوَيَا، وترجَّح الأداءُ مع الحدَث لما فيه من إحراز الأركان»[١]، انتهى.

فعلى هذا ما ذكره الزيلعي: «إذا كان الطاهرُ من الثوب أقلَّ من الرُّبع: يُخيَّر فيه بين أن يُصلِّي عُريانًا قاعِدًا يُومِئ بالركوع والسُّجود، وبين أن يُصلِّي قائمًا عُريانًا برُكوعٍ وسُجود»[٢]، انتهى، ليس كما ينبغي، بل الحكمُ أن يُصلِّي في ذلك، لا عُريانا؛ لأن الصلاة في الثوب النجس لا تجوز إلا لضرورة، والصلاة عُريانًا كذلك، إلا أنه ترجَّح الأداءُ مع النجِس لما فيه من إحراز الأركان، إلا إن كان يُصلِّي قائمًا برُكوع وسجود، وحينئذ يستقيم التخييرُ بين الوجهَين، لا بين الثلاثة، فتأمل.

[فرع: شيخٌ يقدر على القراءة قاعدًا، لا قائمًا: صلَّى قاعدًا]

(وكذا شيخٌ لا يقدِر على القراءة قائمًا) لضَعفه، (ويقدر عليها قاعدًا: يُصلِّي قاعدًا؛ لأنه)، أي: القيام، (يجوز تركُه حالةَ الاختيار، ولا يجوز تركُ القراءة بحالٍ)، أي: حالة الاختيار، فلا يَرِدُ الأخرسُ والأُمِّيُّ.

(ولو صلَّى في الفصلَين)، أي: الصُّورتَين، (قائمًا مع الحدَث) في الأُولى، (و) مع تركِ القراءة) في الثانية: (لم يجُزْ).

---

(١) «فتح القدير»، كتاب الطهارات، باب الحيض والاستحاضة، فصل في الاستحاضة (١/ ١٨٥).

(٢) انظر: «تبيين الحقائق»، كتاب الصلاة، باب شروط الصلاة (١/ ٩٧ـ ٩٨).

[فرع: يتخيَّر في الثوبَين النجسَين ما لم يبلُغْ أحدُهما قدرَ الدرهم أو رُبُعَ الثوب]

(ولو كان له ثوبان، نجاسةُ كلِّ واحدٍ منهما أكثرُ من قدر الدرهم: يتخيَّر) في الصلاة في أيِّهما شاء؛ لاستواء البَلِيَّتَين، (ما لم يبلُغْ أحدُهما)، أي: نجاسةُ أحدِ الثوبَين، (رُبعَ الثوب؛ لاستوائهما في المنع)، يعني: لا يُعتبَر القِلَّة والكثرةُ بعد ما كانت[1] أكثر من قدر الدرهم، ما لم تبلُغ نجاسةُ أحدهما الرُّبع.

(ولو كان دمُ أحدِهما)، أي: الثوبين، (قدرَ الرُّبُعِ، ودمُ الآخَر أقلَّ) من الرُّبع: (يُصلِّي في أقلِّهما دمًا، ولا يجوز عكسُه؛ لأن للرُّبع حكمَ الكُلِّ)، فيكون الكلُّ نجِسًا.

وظاهرُه أن «لا فرق بين الغليظة والخفيفة في اعتبار الربع، كما في «الهداية»[2].

وقال الكرخيُّ: يُعتبَر في الغليظة قدرُ الدرهم، وفي الخفيفة الربعُ. وغلَّطُوه بأنه تغليظٌ يُؤدِّي إلى تخفيف أو إسقاط؛ لأن من الغليظة[3] ما ليس أكثرَ من قدر الدرهم، فيُؤدِّي إلى أن كَشْفَ جميعِها[4] أو أكثرِها لا يَمنع»، كذا في «الفتح»[5].

(ولو كان في كلِّ واحدٍ منهما)، أي: الثوبَين، (قدرُ الرُّبع، أو كان في أحدهما أكثرُ لكن لا يبلُغ ثلاثةَ أرباعه، وفي الآخَر الرُّبع: صلَّى في أيِّهما شاء؛ لاستوائهما في

---

(١) في (خ): (كانتا).

(٢) كذا في النسخ. وفي «فتح القدير»: («الكتاب»).

(٣) كذا في «فتح القدير». وفي النسخ هنا: (النجاسة الغليظة)، وهو غلط؛ فإن سياق المسألة في «فتح القدير» في جواز الصلاة مع كشف العورة، لا في قدر النجاسة المعفو عنها. فالمراد هنا: العورة الغليظة، أي: من العورة الغليظة ما لا يبلغ في حجمها قدر الدرهم.

(٤) أي: العورة.

(٥) «فتح القدير»، كتاب الصلاة، باب شروط الصلاة (١/ ٢٦١).

الحكم)، فلا تُعتبَر القِلَّةُ والكثرةُ فيه أيضًا بعدما كانتا قدرَ الرُّبُع، ما لم يبلُغ أحدُهما ثلاثةَ أرباعه.

وفيه: إذا كان الربع يقوم مقام الكل فيقتضي التساوي، وإن بلغ ثلاثة أرباعه، وقد تقدَّم أنه يتخيَّر فيه، فلم يظهَرْ للتقييد بثلاثة أرباعه فائدةٌ.

(والأفضلُ) في ذلك (أن يُصلِّي في أقلِّهما نجاسةً).

(ولو كان رُبُع أحدِهما طاهرًا، و)الثوب (الآخَرُ) طاهرُه (أقلُّ من الرُّبُع: يُصلِّي في الذي رُبُعُه طاهرٌ، ولا يجوز) أن يُصلِّي (في العكس)الذي أقلُّ من رُبُعه طاهر.

[فرع: امرأةٌ تنكشِف عورتُها بالصلاة قائمةً، لا قاعدةً: تُصلِّي قاعدةً]

(ولو أن امرأةً، لو صلَّت قائمةً يَنكشِف من عَورتِها ما يمنع جوازَ الصلاة، ولو صلَّت قاعدةً لا ينكشِف منها شيءٌ: فإنها تُصلِّي قاعدةً؛ لما ذُكِر من أن تركَ القيام أهونُ) من كشف العَورة.

(ولو كان الثوبُ يُغطِّي جسَدَها ورُبعَ رأسِها، فتركت تغطيةَ الرأس: لا تجوز) صلاتُها. (ولو كان يُغطِّي أقلَّ من الرُّبع: لا يضُرُّها تركُه؛ لأن للرُّبع حكمَ الكُلِّ، وما دونه لا يُعطى له حكمَ الكلِّ[1]، والسَّتْرُ) في صورة كونه أقلَّ من الربع (أفضلُ؛ تقليلا للانكشاف، انتهى) كلام الزيلعي[2].

[فرع: إذا خرج للجماعة صلَّى قاعدًا، وفي البيت قائمًا: يخرُج للجماعة]

(ومن هذا القبيل ما ذكره في «الخلاصة» أنه: لو كان إذا خرج للجماعة لا يقدر على القيام، ولو صلَّى في بيته صلَّى قائمًا: يخرُج إليها ويُصلِّي قاعدًا، وهو

(١) قوله: (وما دونه لا يعطى له حكم الكل)، ليس في غير (خ).
(٢) «تبيين الحقائق»، كتاب الصلاة، باب شروط الصلاة (١/ ٩٨).

الصحيح. ونقَل في «شرح منية المصلي» تصحيحًا آخَر أنه يُصلِّي في بيته قائمًا[١]، وهو الأظهرُ[٢]). وهذا التصحيح هو الموافق لما هو موجودٌ في «الخلاصة» في فصل صلاة المريض، قال: «ولو أن مريضا إذا صلَّى في بيته يستطيع القيامَ، وإذا خرج إلى جماعة لا يستطيع القيامَ: يُصلِّي في بيته قائمًا أو يخرُج إلى الجماعة ويُصلِّي قاعدًا؟ اختلف المشايخ فيه، والمختارُ أنه يُصلِّي في بيته قائمًا، وقال شمس الأئمَّة الأوزجندي: يخرج إلى الجماعة، لكن يُكبِّر قائمًا، ثم يقعُد، ثم يقوم للركوع، والأوَّلُ أصحُّ، ويه يُفتَى»[٣]، انتهى.

ومثلُه في «البزَّازية»[٤]، وسيذكُره المُصنِّف في كتاب الصلاة من الفوائد، وذكره في «البحر»[٥] نقلا عن «الخلاصة» بعين ما ذكرناه، فلعلَّ في نسخة «الخلاصة» المنقول عنها هنا خلَلًا[٦].

---

(١) انظر: «حلبة المجلي» لابن أمير حاج، فرائض الصلاة (٢/ ٣٣ ـ ٣٤).

(٢) قال أبو السعود في «عمدة الناظر» (ل/ ١٨١/ أ): «إن فرض المسألة أنه بعد خروجه لأجل الجماعة لم يكن له قدرة على القيام، وقد أتى ببدله، وهو القعود، فلم يكن تاركا له حكما، بل صار محصلا لكل من الفضيلتين: فضيلة الجماعة، وفضيلة القيام أيضا؛ لقولهم: القعود كالقيام، وبهذا التقدير يظهر سقوط ما قدمناه عن «ابن أمير حاج».... قوله: «وهو الأظهر» يخالفه في الترجيح ما نقله البيري عن «الولوالجية»: الأصح أنه يخرج إلى الجماعة، فلهذا قال البيري: إنه اختلف التصحيح، فيعمل بما شاء». وانظر: «عمدة ذوي البصائر» (١/ ٢٣٤).

(٣) «خلاصة الفتاوى»، كتاب الصلاة، الفصل الحادي والعشرون في صلاة المريض (١/ ١٩٧).

(٤) انظر: «الفتاوى البزازية»، كتاب الصلاة، الفصل الحادي والعشرون في المريض (٤/ ٧١).

(٥) انظر: «البحر الرائق»، كتاب الصلاة، باب صفة الصلاة (١/ ٣٠٨).

(٦) قال أبو السعود في «عمدة الناظر» (ل/ ١٨٠/ أ): «ولعله أراد غير «خلاصة الفتاوى»، كـ«خلاصة العنبري»، أو «خلاصة الدلائل»». وذكر مثلَ هذا الاحتمال الحمويُّ في «غمز العيون» (١/ ٢٨٨).

[فرع: المُضطرُّ هل يأكُل المَيتةَ أو طعامَ الغير؟]

(ومن هذا النوع)، أي: ما تعارَض فيه مَفسَدتان رُوعِي أعظمُهما بارتكاب أخفِّهما، (لو اضطرَّ من الجُوع، وعنده مَيتةٌ ومالُ الغير: فإنه يأكُل المَيتة)؛ لكونها أخفَّ من مال الغير؛ لأنه حقُّ الله، بخلاف مالِ الغير. ولا يخفَى أن هذا[١] عند العلم بعدم[٢] رضا المالك، وأما عنده، فلا؛ لأنه[٣] أخفُّ.

(وعن بعض أصحابنا: من وجَد طعامَ الغير لا تُباح له المَيتةُ)، يعني: فيأكُل طعامَ الغير؛ لأن الميتة حرامٌ لعينها، بخلافه مع إمكان الاستحلال. وفي «الفتح»: «إن المذهب عندنا في المُضطَرِّ أنه لا يجب عليه أكلُ مالِ الغير مع الضمان، فلم يكن فرضًا، فهو كالمباح يتقيَّد بشرطِ[٤] السلامة، كالمُرور في الطريق»[٥].

(وعن محمد بن سَماعة: الغَصْبُ أَولى من المَيتة)؛ لأنه يملِك المغصوبَ بالضمان، ويحِلُّ له التناوُلُ بأداء الضمان، فيجوز له التناوُلُ عند المَخمَصة قبل الأداء رجاءَ الأداء، (وبه أخذ الطحاويُّ، وخيَّره الكرخيُّ) بينهما، (كذا في «البزَّازية») في كتاب الحج[٦].

---

(١) أي: جواز أكل الميتة.

(٢) كذا في النسخ. ولعل الصواب: (عند عدم العلم)؛ كما ذكره الحموي وأبو السعود، حيث قالا: «الظاهر أنه مقيد بما إذا لم يعلم رضى المالك». ومع هذا يستقيم قوله فيما بعد: «وأما عنده، فلا» أي: وأما عند العلم برضاه، فلا يأكل الميتة؛ لأن أكل مال الغير أخفُّ. والله أعلم.

(٣) كذا في (م). وفي (ع) و(خ): (وأما عنده، فأكله).

(٤) كذا في «فتح القدير». وفي النسخ: (بتقدير شرط).

(٥) «فتح القدير»، كتاب السير، باب كيفية القتال (٥/ ٤٤٩ ـ ٤٥٠).

(٦) «الفتاوى البزازية»، كتاب الحج (٤/ ١٠٨).

[فرع: المُحرِم المُضطرُّ عنده صيدٌ ومحرَّمٌ آخر]

(ولو اضطرَّ المُحرِمُ، وعنده صَيدٌ ومَيتةٌ: أكَلَها دونه على المعتمَد)، وهو قولُ الإمام ومحمد؛ لأن «في أكل الصيد ارتكابَ حُرمتَين: القتلَ والأكْل، وفي أكل الميتة ارتكابُ مُحرَّم واحد، وهو الأكلُ»، «بحر»[1]. وقال أبو يوسف: يأكُل الصَّيدَ ويكفِّر؛ لأنه يُباح الصَّيدُ للضرورة.

ويُقاس عليه الحلالُ بالنسبة إلى صَيد الحرم.

(وفي «البزازية») في الحجِّ أيضًا[2]: لو اضطرَّ إلى أكل الميتة وذَبْح الصَّيد، عند الثاني: ذبَح الصَّيدَ وكفَّر، و(إن كان الصَّيدُ مذبوحًا: فالصَّيدُ أَولى وِفاقًا)؛ لأنه ميتةٌ حُكمًا، وذاكَ حقيقةً وحُكمًا.

(ولو اضطرَّ المُحرِمُ، وعنده صَيدٌ ومالُ الغير: فالصَّيدُ أَولى من مال الغير، وكذا الصَّيدُ أَولى من لَحْم إنسانٍ)؛ لأن «الصيدَ حرامٌ لحقِّ الشرع، ولحمُ الإنسان حرامٌ لحقِّ الشرع والعبد»، «ولوالجي»[3].

(وعند محمد رحمه الله تعالى: الصَّيدُ أَولى من لحم خِنزير، انتهى) كلام البزازي[4].

وفي «مجمع الفتاوى»: مُحرِم مُضطرٌّ، وجَد صيدًا وكَلبًا: فالكلبُ أَولى من الصيد؛ لأن في الصيد ارتكابَ محظورَين. ولو وجَد صيدًا ومالَ الغير: يذبَح الصيدَ،

---

(١) انظر: «البحر الرائق»، كتاب الحج، باب الجنايات في الحج (٣/ ٣٩).

(٢) «الفتاوى البزازية»، كتاب الحج (٤/ ١٠٨).

(٣) «الفتاوى الولوالجية»، كتاب الحج، الفصل السادس في المسائل المتفرقة (١/ ٣٠١).

(٤) «الفتاوى البزازية»، كتاب الحج (٤/ ١٠٨).

ولا يأكلُ مالَ الغير عند الكُلِّ. قيل: فعلى هذا، ينبغي أن يكون الحكمُ في الصَّيد والخِنزير كالحكم في الصَّيد والكلب؛ لأن في أكل الخنزير ارتكابَ محظورٍ واحدٍ، كالكلب، والكلبُ كالخنزير في نجاسة عينِه عند محمد. ويمكن أن يُفرَّق بينهما بأن نجاسة الخنزير قطعيَّةٌ ثابتةٌ بالنصِّ، بخلاف الكلب، فأكلُه أشنَعُ من أكل الكلب.

[فرع: لو أُكرِه بالقتل على إلقاء نفسه في النار أو من الجبل: يختار الأهونَ]

(وفي «الزيلعي» من آخر كتاب الإكراه: لو قال) الحاملُ (له)، أي: للمُكرَه، (لتُلقِيَنَّ نفسَكَ في النار، أو من الجبل، أو لأقتُلنَّكَ، وكان الإلقاءُ بحيث لا يَنجُو منه، ولكن فيه نوعُ خِفَّة)، وإذا لم يكن فيه نوعُ خِفَّة: لا يجوز له الإلقاء، «خانية»[1]: (فله الخيارُ، إن شاءَ فعَل) الإلقاء، (وإن لم يشَأْ لم يفعَل، وصبَر حتى يُقتَل عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى؛ لأنه قد ابتُلِي ببَلِيَّتَين، فيختار ما هو الأهونُ في زعمِه)، فإن كان الأهونُ في زعمه الإلقاءَ فعَل، وإلا ترَك وصبَر.

(وعندهما: يَصبِر حَتمًا، ولا يفعَل) ذلك الإلقاءَ؛ لأن مُباشَرة الفعل من إلقاء النفس في النار أو من الجبل (سَعْيٌ في هلاك نفسِه، فيَصبِر على القتل تَحامِيًا منه)، أي: احترازًا عن السعي فيه.

(وأصلُه)، أي: هذا الخلاف ومَأخَذُه، (أن الحريق إذا وقَع في سفينةٍ، وعُلِم أنه لو صبَر فيها)، أي: السفينة، (يَحترِق، ولو وقع في الماء يغرَقُ، فعنده: يختار أيَّهما شاء)، وعندهما: يصبِر. وجعَل في «الولوالجية» و«الحاوي» أبا يوسُفَ مع الإمام في التخيير[2].

---

(١) انظر: «فتاوى قاضي خان»، أوائل كتاب الإكراه (٣/ ٤٨٤).

(٢) كذا في «غمز العيون» (١/ ٢٩٠). ولم يتعرض في «الحاوي القدسي» لهذه المسائل، وذكره في «الولوالجية» كتاب الإكراه، الفصل الثاني فيما يضمن المكره (٥/ ٢٢٥)، لكن لم يجعل أبا يوسف مع الإمام.

(ثم إذا ألقى نفسَه في النار) في الصُّورة الأُولى، (فاحترق، فعلى المُكرِه)، أي: الحامل، (القصاصُ، بخلاف ما إذا قال: لتُلقِيَنَّ نفسَكَ من الجبَل أو لأقتُلنَّكَ بالسيف، فألقَى نفسه، فعند أبي حنيفة: تجب الدِّيةُ) على عاقلة الآمِر؛ لأنه لو باشره بنفسه لا يجب القصاصُ عنده؛ لأنه كالقتل بالمُثقَّل، لما فيه من إلقاء جسمٍ ثقيلٍ من مكانٍ عالٍ، وفيه لا يجب القصاصُ، بل الدِّيةُ، فكذا هذا. وفي «الزيلعي»: «تجب الدية في ماله عند أبي يوسف، والقصاص عند محمد»[1].

(وهي)، أي: تلك المسألة، (مسألةُ القتل بالمُثقَّل)، أي: راجعةٌ إليها. والحكم فيها ما ذكرناه، (انتهى) كلام الزيلعي[2].

[القاعدة المتفرعة الخامسة: دَرْءُ المَفاسِد أَولى من جَلْب المَصالح]

(ونظيرُ القاعدة الرابعة) الناشِئةُ من القاعدة السابقة، وهي: إذا تعارَض مَفسَدتان رُوعِي أعظمُهما ضررًا، (قاعدةٌ خامسةٌ، وهي: دَرْءُ المَفاسِد أَولى من جَلْب المَصالِح).

(فإذا تعارَض مَفسَدةٌ ومَصلَحةٌ: قُدِّم دَفعُ المَفسدة غالبًا)، قيِّد بذلك لما سيجيء من أنه قد تُراعَى المصحلةُ لغلَبتها المَفسَدةَ.

[اعتناءُ الشارع بالمَنهِيَّات أشدُّ من اعتنائه بالمأمورات]

(لأن اعتناءَ الشارع بالمَنهِيَّات أشدُّ من اعتنائه بالمَأمُورات، ولذا قال عليه الصلاة والسلام: «إذا أمرتُكُم بشيءٍ فَأْتُوا منه ما استطعتُم، وإذا نهَيتُكم عن شيءٍ

---

(١) «تبيين الحقائق»، (٥/ ١٩٠).

(٢) «تبيين الحقائق» (٥/ ١٩٠).

فاجتنبُوه»(١))، حيث قدَّر الإتيانَ بالمأمور به بقَدْر الاستطاعة، ولم يُقدِّر الاجتنابَ عن المَنهِيِّ عنه بها.

(ورَوَى في «الكشف» حديثًا: «لتَرْكُ ذَرَّةٍ ممَّا نهَى الله عنه أفضلُ من عبادةِ الثقَلَين»(٢)).

[جاز تركُ الفرض دفعًا للمشقة، ولم يُسامَح في ارتكاب كبائرِ المَنهِيَّات]

(ومن ثمَّة جاز تركُ الواجب)، المرادُ به: ما هو أعمُّ من الفرض، (دفعًا للمَشقَّة)، كما في سُقوط العبادات عند وجود الأعذار، (ولم يُسامَح في الإقدام على المَنهِيَّات، خُصوصًا الكبائر) منها إلا لدَفْع الهلاك عن نفسه، كما في إجراء كلمة الكُفر وقلبُه مطمئِنٌّ بالإسلام.

[كبائر الذنوب]

وفي «السراج»: الكبيرةُ: ما كان حَرامًا مَحْضًا، شُرِع عليها عُقوبةٌ مَحضةٌ بنصٍّ قاطع، إما في الدُّنيا، وإما في الآخِرة. وكذا «الإعانةُ على المَعاصِي والفُجور، والحثُّ على ذلك من جُملة الكبائر»، كذا في «الذخيرة»(٣).

وفيه أيضًا: سبُّ الصحابة كبيرةٌ. ونُظِر فيه بأنه يُشعِر بأنه ليس بكُفْر، مع أنه كُفْر(٤).

---

(١) رواه بنحوه البخاري في «صحيحه»، كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب الاقتداء بسنن رسول الله ﷺ، برقم (٧٢٨٨).

(٢) انظر: «كشف الأسرار»، القسم الثاني في بيان وجوه النظم، المتشابه (١/ ٥٨). ولم أجد من خرّجه.

(٣) انظر: «الذخيرة البرهانية»، كتاب الشهادات، الفصل الثالث في بيان من تقبل شهادته ومن لا تقبل (١٤/ ٣٨٩).

(٤) في هامش (خ): (مع أنه كفر. هذا خلاف الصواب أنه ليس بكفر، ولو الشيخين، خلافا لما في هذا الشرح تبعا لما في «التنوير»؛ فإنه خطأ، كما بينه أرباب التحقيق، انتهى).

وفيه: أن الكبيرة لا تنافي الكفر، بل من جُملتها، على أنه صرَّح في «الاختيار» أن «سبَّ أحدٍ من الصحابة ونَقْصَه لا يكون كُفرا، لكن يُضلَّل؛ فإن عليًّا رضي الله عنه لم يُكفِّر شاتِمَه، حتى لم يقتُلْه»(١).

وبعضُهم حصَر الكبائرَ بالعدِّ، «فقال ابن عمر(٢) رضي الله عنهما: إنها تسعةٌ: الشِّرْك بالله، وقتلُ النفس بغير حقٍّ، وقَذْفُ المُحصَنة، والزِّنا، والفِرارُ من الزَّحْف، والسِّحْر، وأكلُ مال اليتيم، وعُقوق الوالِدَين المسلمَين، والإلحادُ في الحرم»(٣). وزاد أبو هريرة رضي الله عنه: أكل الرِّبا، و[زاد] عليٌّ رضي الله عنه: السَّرِقة وشُرْب الخَمْر(٤). وقيل: كلُّ معصيةٍ أَصَرَّ عليها العبدُ فهي كبيرة، وكلُّ ما استغفَرَ عنه فهو صغيرةٌ»، كذا في «شرح العقائد»(٥).

«وعند الغَزِّي: «مـن الكـبائر: اللِّوَاطُ، والقُنوطُ من رحمة الله، والأَمْنُ من مَكْر الله، وشهادة الزُّور، والإفطار في رمضان بلا عُذر، وقطعُ الرَّحِم، وتركُ الصلاة، ونِسيان القرآن، والخِيانةُ في الكَيل والوَزْن، وتركُ الصلاة، ومنعُ الزكاة، وضربُ المسلم بغير حقٍّ، وامتناعُ المرأة عن زوجِها بلا سبب، والوَقيعةُ في أهل العلم،

---

(١) «الاختيار في تعليل المختار»، كتاب السير، فصل الخوارج والبغاة (٤/ ١٥١).

(٢) كذا في «شرح العقائد»، وهو الصحيح. وفي النسخ: (علي).

(٣) قال الملا علي القاري في «فرائد القلائد» (ص ٤٤ ـ ٤٥): «أخرجه البخاري في «الأدب المفرد»، وابن جرير في «تفسيره» بسند حسن، وهو موقوف، وفيه بدل (الزنا): (أكل الربا)، وأخرجه ابن الجعد مرفوعًا».

(٤) قال القاري في «فرائد القلائد» (ص ٤٦): «أخرجه البخاري في «الأدب المفرد» بسند حسن، من حديث عمران بن حصين».

(٥) «شرح العقائد النسفية» مع «المجموعة السنية» (ص ٤٦٩ ـ ٤٧١).

وأكلُ المَيتة، ولحمُ الخِنزير لغير اضطرار، وتركُ الأمر بالمعروف والنهي عن المُنكَر مع القدرة، والحَيفُ في الوصية، وتحقيرُ المسلمين، والظِّهار... إلخ»[١].

[فرع: من لم يجِدْ سُترةً ترَكَ الاستنجاءَ]

(ومن ذلك)، أي: مما قدم فيه دفع المفسدة على المصلحة، (ما ذكره البزازي في «فتاواه») في فصل الوضوء والحدث: (ومن لم يجِد سُترةً ترَكَ الاستنجاءَ)، سواء كان المُجاوِزُ أكثرَ من قدر الدِّرهم أو لا، جاوَزَ النجِسُ المَخرجَ أو لا، ومن فهِم غيرَ هذا فقد سهَا، «نوح أفندي». لكن إذا جاوز المخرجَ: ليس باستنجاء، بل إزالةَ نَجْوٍ.

والحاصل أنه إذا لم يمكن الاستنجاءُ بالماء إلا بكَشْف العَورة: ترَكه واستَجْمَر بالحَجَر؛ لأنه[٢] سُنَّة، وذاكَ[٣] حرام. وإن جاوَز النجسُ المَخرجَ، ولو أكثر من قدر الدِّرهم، ولا يمكنه إزالتُه بالماء إلا بكَشْف العَورة: ترَكه؛ للعِلَّة التي ذكَرها المُصنِّف بقوله: «لأن النهي... إلخ».

وهذا الذي ذكَره الحلَبيُّ في «شرح المنية»، قال في «مُنية المُصلِّي»: «الاستنجاء بالماء أفضلُ إن أمكنه من غير كَشْفِ عورة، وإن لم يمكنه: يكفي الاستنجاءُ بالأحجار، إذا لم تكن النجاسةُ أكثرَ من قدر الدرهم»[٤]. قال الحلبي في شرحها: «لا ينبغي أن يُعمَل بمفهومه، وهو أنه إن كانت أكثرَ من قدر الدهم: يجوز الكشفُ، بل لا يجوز الكشفُ أصلاً»[٥]، انتهى.

---

(١) كذا في «عمدة الناظر» لأبي السعود (ل/ ١٨٣/ أ).

(٢) أي: الاستنجاء.

(٣) أي: كشف العورة.

(٤) «منية المصلي» مع «غنية المتملي»، مناهي الوضوء (ص ٣٨_٣٩).

(٥) «غنية المتملي» لإبراهيم الحلبي، مناهي الوضوء (ص ٣٩).

وهل في هذه الصورة يُكتفَى بالأحجار إذا جاوَزت قدرَ الدِّرهم، قال ابنُ شُجاع: نعم، وعند الفقيه: لا بد من الماء، انتهى.

وفي «البحر»: «الصحيح أنه إذا أصابَ موضعَ الاستنجاء نجاسةٌ أكثرُ من قدر الدِّرهم من خارجٍ: لا يطهُر إلا بالغُسل[1]»[2]، انتهى.

[النهي يَستوعِب الأزمان، بينما الأمر لا يقتضي التكرار]

(ولو على شطِّ نَهرٍ؛ لأن النهي راجِحٌ على الأمر، حتى استوعَب النهيُ الأزمانَ، ولم يقتضِ الأمرُ التكرارَ، انتهى)[3]؛ لإطباق أهل العربية على أن هيئةَ الأمر لا دلالةَ لها إلا على الطلب في خصوص زمانٍ، وخصوصُ المطلوب إنما هو من المادَّة، ولا دلالة لها إلا على مُجرَّد الفعل، فتمامُ مدلولِ الصيغة طلبُ الفعل فقط، والخروجُ عن عُهدته يحصل بفعل المأمور به مرَّة، فلا يتحقَّق في الوجود بدونها، فهو من ضَرُورِيَّاته، لا من مدلولاته، ولا يدلُّ على التكرار لذلك، فلا يُفيد التكرارَ ولا يحتمِله، بل هو لمُطلَق الطلب، وهو المختارُ عندنا، ووافَقنا الآمِديُّ وابنُ الحاجِب وإمامُ الحرمَين والبَيضاويُّ.

وقيل: إنه للمرَّة، وعُزِي إلى الشافعي.

وقيل: للتكرار أبدًا، أي: مُدَّةَ العُمُر، مع الإمكان، وعليه جماعةٌ من الفقهاء والمُتكلِّمين، منهم: أبو إسحاق الإسفرائينيُّ.

---

(١) ذكر في «البحر الرائق» هذا التصحيح بصيغة التمريض، ثم قال: «وقد قدمنا أنه يطهر بالحجر. وقد نقلوا هذا التصحيح هنا بصيغة التمريض، فالظاهر خلافه، والله أعلم».

(٢) «البحر الرائق»، كتاب الطهارة، باب الأنجاس (١/ ٢٥٥).

(٣) «الفتاوى البزازية»، كتاب الطهارة، الفصل الثالث في الوضوء والحدث، كيفية الاستنجاء بالماء (٤/ ١٤). وفيه: «ومن لم يحدث منه تركه»، ولعله خطأ مطبعي.

وقيـل: الأمـرُ للتكرار إن عُلّـقَ على شـرطٍ أو صِفة، وعُزِي إلى بعض الشافعية والحنفية.

وقيل: الأمر المُطلَقُ يحتمله.

والمُكرِّرُون قاسُوه على النهي، فقالوا: تكرَّر المطلوبُ في النهي، فعمَّ، فوجب في الأمر؛ لأنهما للطلب. ودُفع بأن هذا قياسٌ في اللغة، وهو باطل. وأُجيب بالفرق بينهما بأن النهي لتَرك الفعل، ولا يتحقَّق التركُ إلا به في كل الأوقات، والأمر لإثباته، وتحقُّقُه بمرَّة.

[فرع: المرْأة تُؤخِّر الغُسلَ إذا لم تجِد سُترة من الرجال، والرجل لا يُؤخِّره]

(ومن فروعه) أيضًا: **(المرأة إذا وجَب عليها الغُسلُ، ولم تجِد سُترةً من الرِّجال: تُؤخِّره)**، أي: الغُسل، وتُصلِّي بالتيمُّم، ثم تَقضِي بعد الغُسل على ما هو المُستفادُ من نظائرها، فقد قُدِّم فيها دفعُ المَفسدة، التي هي انكشافُها بين الرِّجال، على المَصلحة، التي هي أن تُناجِيَ الربَّ تعالى على أكمل الأحوال، ولكن انعكَس الحكمُ في صورة اضطرار الرجُل، كما قال: **(والرجل إذا لم يجد سُترةً من الرجال: لا يُؤخِّره، بل يغتسِل)**، ويختارَ ما هو أسترُ له.

ففي هذه المسألة قد رُوعِي جانبُ المَصلحة؛ لأن انكشافَ الرجل دون انكشافِ المرأة، وإن كان القياسُ يُرجِّح هنا النهيَ على الأمر عملًا بالقاعدة، فلا يُرتكَب المَنهيُّ عنه، وهو كشفُ العَورة، لأجل المأمور به، وهو الغُسل.

بقي: لو كان الرجلُ بين النساء، وقياسُه أن يُؤخِّر كالمرأة بين الرجال، «فإنَّ نظرَ الجنسِ إلى الجنس أخفُّ من نظر غيرِ الجنسِ إلى الجنس»، كما في «المبسوط»[1].

---

(١) «المبسوط»، كتاب الصلاة، باب غسل الميت (٢/ ٧١)، كتاب الاستحسان (١٠/ ١٥٦).

(وفي الاستنجاء، إذا لم يجِد سُترة يتركُه)، وإن تجاوَزَ النَّجْوُ قدرَ الدرهم، فلم يكن حكمُه حكمَ الغُسل؛ لأن كشفَ العَورة مَنهِيٌّ عنه، والاستنجاءُ مأمورٌ به، والنهيُ راجِحٌ على الأمر. وفي «الخانية»: «لو كشَف عَورتَه للاستنجاء: يكون فاسقًا»[1].

[النجاسة الحُكمية أقوى من النجاسة الحقيقية]

(والفرق) بين الغُسل والاستنجاء (أن النجاسة الحُكمية) التي هي الجَنابة هنا، (أقوى من النجاسة الحقيقية)، ويدلُّ عليه أنه لم يجُز عندها الصلاةُ لمن لم يمكنه الوضوءُ والتيمُّمُ، مع جوازها بالثَّوب النجس إذا لم يجِد ثوبًا طاهرا.

وهذا الفرق إنما يَتِمُّ على ما حمَل عليه المُصنِّفُ كلامَ الفقهاء، أنَّ الرجلَ إذا لم يجد سُترة من الرِّجال، على انكشاف العَورة. وأما على ما حمَله عليه الحلَبي في «شرح المنية» فلا، قال فيه: «وذكر في «القنية»: مَن عليه الغُسل، وهناك رجالٌ: لا يَدَعَه وإن رأَوه، ويختارُ ما هو أسترُ، والمرأة بين الرِّجال تُؤخِّره، وبين النساء لا. والمراد بقوله: وإن رَأَوه، رُؤيةُ ما سوى العَورة، فإن كشفَ العورة لا يجوز عند أحدٍ على الصحيح»[2]، انتهى.

وبه يَتَّضِح الفرقُ بين المرأة والرجل في وجوب التأخير عليها، لا عليه.

(والمرأةُ بين النساء كالرجُل بين الرِّجال) في وجوب الغُسل وتركِ الاستنجاء، (كذا في «شرح النُّقاية[3]»).

---

(١) «فتاوى قاضي خان»، كتاب الطهارة، باب الوضوء والغسل، فصل في صفة الوضوء (١/ ٣٣).

(٢) كذا في «حلبي صغير». انظر: «غنية المتملي»، سنن الغسل (ص ٥١).

(٣) في النسخ: (الوقاية). وفي المطبوع من نسخ «الأشباه»: (النقاية). وهو موافق لما في «البحر الرائق»، كتاب الطهارة، باب الأنجاس (١/ ٢٣٢).

[فرع: المُبالغة في المَضمَضَة والاستنشاق مَسنونةٌ، إلا للصائم]

(ومن فُروع ذلك)، أي: ما قُدِّم المَفسدةُ على المصلحة، (المُبالَغة في المَضْمَضَة) بالغَرْغَرَة، (والاستنشاق) بدَفْع الماءِ إلى الخُروج من الأنف، (مسنُونةٌ، وتُكره للصائم)؛ لاحتمالِ إفسادِ الصوم، فرُجِّح دفعُ المَفسدة على المَصلحة.

[فرع: تخليلُ الشَّعْر سُنَّةٌ، إلا للمُحرِم]

(و)من فروع ذلك: (تخليلُ الشَّعْر)، أي: شَعْر اللِّحية، (سُنَّةٌ[1]. قيل)، أي: قال أبو يوسف رحمه الله: إنه سُنَّةٌ في الوضوء، (و)مع ذلك (يُكره للمُحرِم) تحرُّزًا عن جِناية النَّتْف.

[تُراعَى المَصلحةُ الغالِبةُ على المَفسَدة، كجواز الصلاة عند تعذُّر شرطِها]

(وقد تُراعَى المَصلحةُ لغلَبتها على المَفسدة، فمن ذلك)، أي: مما تُراعَى فيه المصلحةُ لغلَبتها على المَفسَدة، (الصلاةُ مع اختلالِ شرطٍ من شروطِها من الطَّهارة) عن النجاسة الحقيقية، (أو السَّتْر) للعَورة، (أو الاستقبال) للقبلة، (فإنَّ في ذلك)، أي: اختلال شرطٍ من الشُّروط المذكورة، (مَفسدةٌ؛ لما فيه من الإخلال بجَلال الله تعالى في أن لا يُناجِيَ) الربَّ تعالى (إلا على أكملِ الأحوال، و)لكن (متى تعذَّر شيءٌ من ذلك الشُّروط: جازَت الصلاةُ بدونه؛ تقديمًا)، أي: ترجيحًا، (لمصلحةِ الصلاة على هذه المفسدة).

[فرع: جواز الكِذْب إذا تضمَّن مصلحةً تَربُو على مَفسدته]

(ومنه)، أي: مما تُراعَى فيه المَصلحةُ لغلَبتها، (الكِذْبُ مَفسَدةٌ) عظيمةٌ (مُحرَّمةٌ[2]، و)مع ذلك (متى تضمَّن جَلْبَ مصلحةٍ تربُو)، أي: تزيد، (عليه)، أي:

---

(١) في هامش (ع) و(م): (على الأصح. وقيل: مستحب، «منح»).

(٢) في هامش (ع) و(ب): (حتى قيل: إنه من قبائح الذنوب ورأس كل معصية، تظلم بها القلوب،

الكـذب، بل على مَفسـدته، (جـاز) ذلك الكـذبُ، (كالكذب للإصلاح بيـن الناس، و)كـذبُ الـزوج (علـى الزَّوجـة لإصلاحِها)، والكـذبُ في الحَـرب للخُدعة.

وفي «مجمع الفتاوى»: يُباح الكذبُ لإحياء حقِّه، ولدفع الظُّلمِ عن نفسه، كالشفيع يَعلَم بالبيع في جَوفِ الليل، فإذا أصبَح أشهَد، وقال: علِمتُ الآن. وكذا الصغيرةُ، ترى الدَّمَ في جَوفِ الليل، فتُصبِح وتقول: بلَغتُ الآن، وتختارُ نفسَها من الزوج، انتهى.

وفي «البيري»: «يجب أن تقول بلسانها: بلَغتُ الآن، وقد فسختُ النكاحَ»[1]، انتهى.

وكذا إذا خافَ الواقفُ أن يُبطِله قاضٍ: يكتُب في صكِّ الوقف: وقد قضَى به قاضٍ؛ لأنه كذبٌ منَع المُبطِلَ من الإبطال، «عمادية»[2].

ومنها: «ترويجُ السِّلعة ترغيبًا ومَدْحًا، كما لو قال: اشتَرِ هذا الفرسَ، فإنه كذا وكذا، إشارةً إلى حِمارٍ له، وكما لو دفَع له دراهمَ، وقال: اشتَرِ لي بهذه الدَّنانير كذا»، «ولوالجية»[3].

وقـد تقدم عـن «البزازية» أن «المراد بجـواز الكذب: التعريـضُ به، لا الكذبُ الخالص»[4].

= وفي الحديث: الكذب باب من أبواب النفاق. وقال عائشة رضي الله عنها: ما كان من خلق أشد على الصحابة من الكذب. كيف لا، والكذب مجانب للإيمان، أي: الكذب من جانب والإيمان من جانب آخر، وهذا كناية عن كمال البعد، انتهى، «غزي»).

(١) «عمدة ذوي البصائر» (١/ ٢٣٧).

(٢) انظر: «عمدة ذوي البصائر» (١/ ٢٣٧).

(٣) انظر: «الفتاوى الولوالجية»، كتاب الوكالة، الفصل الأول فيما يجوز التوكيل (٤/ ٣٣٦ـ ٣٣٧).

(٤) «الفتاوى البزازية»، كتاب الكراهية، الفصل الثالث فيما يتعلق بالمناهي (٦/ ٣٥٩).

ومثلُه في أوَاخِر «المبسوط»[١].

وفي «المحيط الرَّضوي»: «التعريضُ بالكذب لغير حاجةٍ وضرورة، قيل: لا بأس به، وقيل: يُكره»[٢].

لكن في «شرح البخاري» للعيني أنه «يجوز التخلُّصُ من الظَّلَمة بالكذب الصَّراح، وقد يجب في بعض الصُّوَر بالاتفاق، ككونه مُنجِيًا نبيًّا أو وَليًّا ممَّن يريد قتلَه، أو لنَجاةِ المُسلِمين من عَدُوِّهم. وقال الفقهاءُ: لو طلَب ظالمٌ وديعةً لإنسانٍ ليَأخُذَها غَصْبًا: وجَب عليه الإنكارُ والكذبُ في أنه لا يَعلَم موضعَها»[٣]، انتهى. فليحفظ.

ومن الكِذب الذي لا يُوجِب الفِسقَ: المُبالَغاتُ التي تقع في الكلام، كـ: جِئتُ إليكَ مائةَ مرَّة، إذا تكرَّر منه المَجِيءُ مِرارًا، ولا يريد به حقيقتَها، بل تفهيمَ المُبالغة، فإن لم يكن جاءَه إلا مرَّةً: كان كذبًا، وإن كان مرَّاتٍ يُعتاد مثلُها في الكثرة: فلا يأثم وإن لم تبلُغ مائة.

(وهذا النوع)، أي: ما تُرجِّح فيه المصلحةُ على المَفسدة، (راجعٌ إلى ارتكاب أخفِّ المَفسدتَين في الحقيقة)، فهو من فروعِ «إذا تعارَض مَفسدتانِ رُوعِي أعظمُهما ضررًا بارتكابِ أخفِّهما»، فإن مَفسدةَ اختلالِ الطهارة أخفُّ من مَفسدة تركِ الصلاة، وكذا نقول في البَوَاقي.

(١) «المبسوط»، كتاب الحيل (٣٠/ ٢١١).

(٢) انظر: «عمدة ذوي البصائر» (١/ ٢٣٧).

(٣) «عمدة القاري»، باب شراء المملوك من الحربي (١٢/ ٣٢).

[القاعدة المُتفرِّعة السادسة: الحاجة تُنزَّل مَنزلةَ الضرورة، عامَّةً كانت أو خاصَّة]

(القاعدة السادسة من الخامسة)، أي: القواعد المُتعلِّقة بها. وفي نسخة: الرابعة من الخامسة، وكونُها رابعةً بناءً على عدم اعتبار القاعدة الناشِئة ونظيرِها في العدِّ.

(الحاجةُ)، وقد تقدَّم أنها دون الضرورة، وأنها إن لم يَتناوَل[1] الممنوعَ: لا يَهلِك ولا يُقارِب الهلاكَ، بل يكون في جهد ومَشقَّة، وأنَّ الضرورة تُبيح الحرامَ، بخلاف الحاجة.

قال البيري: «والتفرِقةُ بين الحاجة والضرورة لم أرَه لغير المُصنِّف»[2].

(تُنَزَّل مَنزِلةَ الضرورة)، فتُعطَى أحكامَها، (عامَّةً كانت) الحاجةُ (أو خاصَّةً).

[فرع: الإجارةُ جُوِّزت على خلاف القياس للحاجة]

(ولهذا جُوِّزَتْ الإجارةُ على خلاف القياس)؛ لأن المَعقودَ عليه فيها، وهو بيعُ المَنافع، معدومٌ، والقياسُ بُطلانُه، (للحاجة) إليها لمَشقَّة الانتفاع إلا بما يملِكُه.

(ولذا)، أي: لكون جوازها للحاجة، (لا تجوز إجارةُ بيتٍ بمَنافعِ) بيتٍ (آخَرَ؛ لاتِّحادِ جنسِ المَنفعة فيهما)، وهو السُّكنَى، (فلا حاجةَ) إلى الإجارة؛ لإمكان أن يَنتفِعَ كلٌّ ببيتِ نفسِه، فيَستغنِي عن بيتِ غيره، (بخلافِ ما إذا اختلَفت) المنفعةُ، كسُكنَى دارٍ برُكوبِ دابَّةٍ مثلا؛ إذ الحاجةُ قد تمَسُّ إلى الانتفاع بالرُّكوب دون السُّكنى، وبالعكس.

---

(١) أي: المحتاج.

(٢) «عمدة ذوي البصائر» (١/ ٢٣٧).

[فرع: ضمان الدرَك جُوِّز على خلاف القياس للحاجة]

(ومنها)، أي: المسائل التي جُوِّزت للحاجة، (ضمانُ الدَّرَك)، بفتح الراء وسُكونِها، التَّبِعة، وهو عبارةٌ عن ضَمان الثمَن عند استحقاق المبيع، «فإذا استُحِقَّ: كان للمشتري أن يُخاصِم البائعَ أوَّلًا، فإذا ثبت عليه استحقاقُ المبيع: كان له أن يأخُذَ الثمنَ مَن أيِّهما شاء، وليس له أن يُخاصِم الكفيلَ أوَّلا في ظاهر الرواية. وعن أبي يوسف: له ذلك. وأجمَعوا على أنه إذا ظهَر المَبيعُ حُرًّا: كان له أن يُخاصِم أيَّهما شاء»، «نهر»(١).

وفي «البزازية»: «لا يرجِع على الكفيل بقيمة البِناء والغَرْس»(٢)، انتهى.

(جُوِّزَ) ذلك الضمانُ (على خلاف القياس)؛ لأن الضمان على البائع، فيصير كفيلا ومكفُولا عنه. وعلى هذا، لو ضمِنه غيرُه: يكون على القياس. وقيل: لأن المكفولَ به مجهولٌ؛ إذ الاستحقاقُ قد يقع في البعض، وقد يقع في الكل، فيكون ضامِنًا لكلِّ الثمَن أو لبعضه، وذا مما يُبطِله، ولكن جُوِّز للحاجة.

[فرع: السَّلَم والاستصناع جُوِّزا على خلاف القياس للحاجة]

(و)من ذلك: (جوازُ السَّلَم) بشرائطِه المعروفة (على خلاف القياس؛ لكونه بيعَ المعدوم)، وثبَت بالسُّنَّة (دفعًا لحاجةِ المَفاليس).

(ومنها: جواز الاستصناع)، وهو أن يقولَ لصانعٍ، كالخفَّاف مثلا: اصنَعْ لي من مالِكَ خُفًّا من هذا الجنس بهذه الصفة، فإن أجَّل أجَلا معلومًا: كان سَلَمًا، سواء جرَى فيه التعامُل أو لا، فيُعتبَر فيه شرائطُ السَّلَم، بأن لا بد من معرفة قدرِه وصِفتِه،

---

(١) «النهر الفائق»، كتاب الكفالة (٣/ ٥٥٧).

(٢) «الفتاوى البزازية»، كتاب الدعوى، آخر الفصل السادس عشر في الاستحقاق (٥/ ٤٤٢).

وإن لم يُؤجَّل، فإن كان فيما يجري فيه التعامُلُ: صحَّ بطريق البيع، لا بطريق العِدَة، وإن لم يَجْرِ فيه التعامُلُ: لا يجوز، فيُجبَر الصانِعُ على عمله، ولا يرجِع الآمِرُ عنه.

والمَبيعُ هو العَينُ، لا عمَلُه، فإذا جاء بما صنَعَه غيرُه، أو صنَعَه هو قبل العقد، فأخَذه: صحَّ، ولا يَتعيَّن له بلا اختياره. فصحَّ بيعُ الصانع قبل رُؤيةِ الآمِر، وله أخذُه وتركُه. ولم يصِحَّ فيما لا يُتعامَل، كالثوب، إذا لم يُؤجَّل، ولكن له شُبهةُ الإجارة، فلهذا يبطُل بموتِ أحدِهما.

وإنما صحَّ مع كونه بيعَ معدوم (للحاجة)، أي: احتياج الناس إليه. [فهو ثابت بالإجماع الثابت بالتعامُل من لَدُنْ رسولِ الله ﷺ إلى يومنا هذا، وهو من أقوى الحُجَج، فترِك القياسُ به، «زيلعي»[(1)]][(2)]. وقد رُوِي أنه عليه الصلاة والسلام استصنَع خاتَمًا ومِنبَرًا[(3)].

[فرع: دخول الحمَّام وشَرْبةُ السَّقَّاء جُوِّزا مع الجهالة للحاجة]

(ومنها: دخولُ الحمَّام مع جهالةِ) مِقدار **(مُكْثِه فيها، و)**مع **(جهالة ما يَستعمِلُه من مائها)**. وكذا الاحتجامُ جُوِّز للحاجة؛ إذ لا يُعلَم مِقدارُ ما يخرُج من الدم، انتهى.

(و)منها: **(شَرْبةُ السَّقَّاء)**.

والحاصلُ أن القياس لا يُعتبَر في مُقابَلة النصِّ.

«لا يقال: يُشكِل هذا بقول أبي حنيفة في المُزَارعة بالقياس؛ لأنه وقع الاختلافُ

---

(١) «تبيين الحقائق»، كتاب البيوع، باب السلم (٤/ ١٢٣).

(٢) ما بين المعقوفتين في (ظ) فقط.

(٣) أما اتخاذ الخاتم، فقد رواه البخاري في «صحيحه»، كتاب العلم، باب ما يذكر في المناولة وكتاب أهل العلم بالعلم، برقم (٦٥). وأما المنبر، فقد رواه البخاري في «صحيحه»، كتاب البيوع، باب النجار، برقم (١٩٨٩).

فيها في الصَّدْر الأوَّل، ولم يَجْرِ التعامُلُ فيها من غير نكير، بخلاف ما نحن فيه»، «زيلعي»[١].

قال في «خزانة الأكمل»: «ذكر القدوري أنه لو دفع قطعةً إلى سَقَّاءٍ لشَرْبة ماء من كُوزٍ من غير أن يُبيِّنَ مقدارَ الماء: جاز. وكذا لو دفع قطعة إلى حمَّاميٍّ من غير أن يُبيِّن مقدارَ مُكثِه فيه، ومقدارَ ما يصُبُّ من الماء المُسخَّن، أو دفَع قطعة إلى حجَّامٍ أو قصَّار أو حلَّاق أو دلَّال: كل ذلك جائزٌ استحسانًا»[٢]، انتهى.

[فرع: الإفتاءُ بصِحَّة بيع الوفاء حين كثُر الدَّينُ ببُخارى ومصر]

(ومنها: الإفتاءُ بصِحَّة بيعِ الوفاء حين كثُر الدَّينُ ببُخارَى، و)كذا (بمِصر)، بلد المصر. (وقد يُسمُّونه: بيعَ الأمانة، والشافعية يُسمُّونه: الرَّهنَ المُعادَ)، ويُسمَّى: البيعَ الجائزَ.

«والذي عليه بعضُ المُحقِّقين أنه صحيحٌ في بعض الأحكام، ووفاءٌ في بعضها، ورَهْنٌ في بعضها. ولذا قال في «الصَّيرفية»: «باع نصفَ كَرْمه من آخر بيعَ الوفاء، وخرَج البائعُ والمشتري كلٌّ بأهله إلى الكرم، فأخذ كلٌّ نصفَه، هل- إذا تعاملا وأعطاه الثمنَ- له أن يُطالبَه بما أخذ من الغَلَّات؟ قال: نعم، إن أخذها المشتري بغير رضا البائع، وبرضاه لا»، انتهى. وفي «الغياثية»: المُشتَرِي شراءً جائزًا، إذا باع ما اشتراه بيعًا باتًّا أو وفاءً: لا يجوز، كذا أفتى المُتأخِّرون من غير خلاف. وإذا اختلفا، فقال أحدُهما: اشتريتُه باتًّا، وقال الآخَرُ: وفاءً، فالقول للبائع، وقيل: لمُدَّعِي البَتات»»، «بيري»[٣].

---

(١) «تبيين الحقائق»، كتاب البيوع، باب السلم (٤/ ١٢٣).

(٢) لم أجده.

(٣) «عمدة ذوي البصائر» (١/ ٢٣٩-٢٣٩).

وقدم في قاعدة «المَشقَّة تجلِب التيسير» ما يَتعلَّق به.

(وهكذا سمَّاه به)، أي: الرَّهنَ المُعادَ، (في «المُلتقَط»[١]. وقد ذكرناه)، أي: هذا البيعَ مع ما يتعلَّق به من الأقوال، (في «شرح الكنز» من باب خيار الشرط[٢]).

[فرع: جواز الاستقراض بالرِّبْح للمُحتاج]

(وذكر في «القنية» و«البغية»: يجوز للمُحتاج[٣] الاستقراضُ بالرِّبْح، انتهى).

---

(١) قال في «الملتقط»، كتاب البيوع، مطلب في العقر (ص ٢٢٣): «بيع المعاملة وبيع الوفاء واحد، وهو بيع فاسد». وقال في (ص ٢٢٧): «والناس يسمونه: الرهن، والعبرة للمقاصد، لا للألفاظ».

(٢) «البحر الرائق»، كتاب البيع، باب خيار الشرط (٦/ ٨).

(٣) في هامش (خ) و(م): (قوله: يجوز للمحتاج، بأن لم يجد من يقرضه بدون ربح، فكان مضطرا، فانتفت الحرمة في حقه، وتبقى الحرمة على المقرض، ثم رأيت البيري ذكر بعد قول المصنف: يجوز للمحتاج الاستقراض بالربح، ما نصه: إذا كان ملجأ إليه، لكن على الوجه الذي يذكره القاضي، لا مطلقا، كما توهمه بعض من لا خلاق له، فلا يعول عليه. قال في «حاوي القنية»: لا بأس بالبيوع التي يفعلها الناس للتحرز عن الربا، أي: كبيع العينة...، إلى آخر ما ذكره أبو السعود، أي: من قوله: ومنه يعلم سقوط ما قدمناه عن السيد الحموي، أي: من قوله: بعد كلام المصنف: نحو أن يقترض عشرة دنانير مثلا، ويجعل لربها شيئا معلوما في كل يوم ربحا، انتهى.
وقال أبو السعود أيضا في قاعدة «ما حرم أخذه حرم إعطاؤه»، بعد قول مصنف «الأشباه»: الرشوة لخوف على نفسه، أي: تجوز، ما نصه: هذا في جانب الدافع، أما في جانب المدفوع له، فحرام. وينبغي أن يستثنى الأخذ بالربا للمحتاج، فإنه لا يحرم، كما صرح به المصنف في «البحر». ويحرم على الدافع الإعطاء بالربا، «حموي». وقدمنا عن البيري التصريح بعدم جواز الأخذ؛ إذ الضرورة تندفع ببيع العينة، فقول السيد الحموي: وينبغي أن يستثنى... إلخ، مما لا ينبغي، انتهى.
وانظر «الحامدية» من كتاب المداينات في بحث «لا بأس بالبيوع التي يفعلها الناس للتحرز عن الربا... إلخ»، وانظر ما يأتي في فن الحيل في الرابع عشر في البيع والشراء من قول المصنف: من لم يرغب في القرض إلا بربح، فالحيلة فيه أن يشتري منه شيئا قليلا بقدر مراده من الربح، ثم =

وهكذا في «حاوي المنية». والظاهر أنه: يجوز بما قلَّ من الرِّبح أو كثُر، ولكن في «معروضات» المُفتي أبي السعود: لو أدانَ العشرة باثنَي عشَر أو بثلاثة عشر بطريق المُعامَلة في زماننا، بعد أن ورَد الأمرُ السُّلطاني وفتوى شيخِ الإسلام بأن لا تُعطَى العشرةُ بأَزْيدَ من عشرةٍ ونصفٍ، ونُبِّه على ذلك، فلم يَمتثِلْ، ماذا يلزمه؟ أجاب: يُعزَّر، ويُحبَس إلى أن تظهر توبتُه وصلاحُه، فيُترَك. وفي هذه الصورة، هل يرُدُّ ما أخَذه من الرِّبح لصاحبه؟ فأجاب: إن حصَّله منه بالتراضي ورَدَ الأمرُ بعدم الرجوع، لكن يظهَر أن المُناسِبَ الأمرُ بالرُّجوع، وأقبَحُ من ذلك السَّلَمُ، حتى إن بعض القُرَى قد خرِبَتْ بهذا الخصوص»، انتهى.

وفي «القنية»: «لا بأسَ بالبُيوع التي يفعلها الناسُ للتحرُّز من الرِّبا. قال عين الأئمة الكرابيسي: هي مكروهةٌ، وذكر البقالي في «تفسيره» أنها مكروهةٌ عند محمد، وعند الإمام أبي يوسف: لا بأس به. قال الزرنجري: خلافُ محمد في العقد بعد القرض، أما إذا باعَ ثم دفَع الدراهمَ، فلا بأس به بالاتفاق»، انتهى.

وفي «الخانية»: بيعُ العِينة في زماننا خيرٌ من البُيوع التي تجري[1] في الأسواق[2]،

= يستقرض، انتهى. قال الشارح: ويضم ما اشترى إليه. وفي «القنية»: شراء الشيء اليسير بثمن غال لضرورة القرض يجوز ويكره. وأقره في «المنح». ونقل الحموي عن «خزانة الفتاوى» أنه هذا قول محمد، وعند أبي يوسف: لا يكره... إلخ.

وانظر ما يأتي في البحث الثالث، العادة المطردة هل تنزل منزلة الشرط؟، من قول المصنف: لو جرت عادة المقترض برد أزيد مما اقترض، هل يحرم إقراضه تنزيلا لعادته منزلة الشرط، وما قاله الشارح ثمة، انتهى).

(١) كذا في «الخانية». وفي النسخ: (البيع الذي يجري).

(٢) «فتاوى قاضي خان»، كتاب البيوع، فصل فيما يكون فرارا عن الربا (٢/ ٢٧٩).

انتهى. وهي[١] أن يبيع المُقرِضُ من المُستقرِض سِلعةً بثَمَنٍ مُؤجَّل، ويدفَع السلعةَ إلى المُستقرِض، ثم إنه يبيعُها من رجل بأقلَّ مما اشترى، ثم يبيعُها الرجلُ من المُقرِض بما اشتَرى لتَصِلَ إليه السِّلعةُ بقيمتها، ويأخُذ الثمنَ ويدفعُه إلى المُستقرِض، فيَصِلُ المُستقرِضُ إلى القرض، ويجعل الرِّبح للمُقرِض.

وعن أبي يوسف: العينةُ جائزةٌ مأجورةٌ، يُؤجَر لمكان الفِرار عن الحَرام، كذا في «خزانة الفتاوى»[٢].

فعُلِم منه أن قولهم: كلُّ قرضٍ جرَّ نفعًا فحرامٌ، مُقيَّدٌ بعدم الدَّور الشرعي.

وفي «القنية»: يجوز بيعُ المُقرِض من المُستقرِض ما يُساوِي طَسُّوجًا[٣] بعشرة دنانير، فإنه على وفاق الدليل. قال الله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء: ٢٩].

وفيها: شراءُ الشيء اليسير بثمنٍ غالٍ إذا كان له حاجةٌ للقرض: يجوز ويُكره.

فعُلِم من هذا أن قول المُصنِّف: «يجوز الاستقراضُ بالرِّبح»، أي: الاستقراض بشراءِ شيءٍ يسيرٍ بثَمَنٍ غالٍ بالتراضي من المُقرِض ليُتوصَّل به إلى الرِّبح، لا الربح المحض؛ لأنه حينئذ يكون رِبًا مَحْضًا.

وبه يظهر بُطلانُ ما قيل[٤] في تصويره: «أن يستقرض عشرة دنانير مثلا، ويجعل لربِّها شيئا معلومًا في كل يوم رِبْحًا»[٥]، انتهى؛ لأنه ربا محض.

---

(١) أي: بيع العينة.

(٢) انظر: «فتاوى قاضي خان»، كتاب البيوع، فصل فيما يكون فرارا عن الربا (٢/ ٢٧٩ - ٢٨٠).

(٣) الطسوج: ربع الدانق. انظر: «تاج العروس» (٦/ ٨٦).

(٤) في هامش (خ): (قائله: السيد الحموي، انظر: «حاشية أبي السعود»، انتهى).

(٥) «غمز العيون» (١/ ٢٩٤).

لا يقال[1]: إنما جاز هذا بناءً على الاضطرار، وأما الإقراضُ بالربح فالظاهر أنه لا يجوز؛ لأنه ربا، كما يُنبِئُ عنه لفظ الاستقراض، كما لا يخفى.

قلنا: إن حرمة الربا منصوصٌ عليها، فلا تجوز أصلا لعِلَّة الحاجة، فعلى هذا، لا يجوز الإقراضُ بالرِّبح كما لا يجوز الاستقراضُ به، لكنَّ المُصنِّف ذكر الاستقراض رعايةً للقاعدة المذكورة؛ لأن الاحتياج في طرَفِ المُستقرِض، لا المُقرِض، وبالله التوفيق.

***

(١) في هامش (خ): (قوله: ولا يقال... إلخ. هذا رد على أبي السعود، من قوله: فانتفت الحرمة في حقه، وتبقى الحرمة على المقرض... إلخ).

[القاعدة السادسة: العادة مُحكَّمة]

(القاعدة السادسة) من القواعد الكلية: (العادة مُحكَّمة)، من التحكيم، لا الإحكام، أي: تُجعَل حَكَمًا لإثبات الحكم الشرعي.

(وأصلُها)، أي: دليل هذه القاعدة، (قولُه ﷺ: «ما رَآه المُؤمِنون حسَنًا فهو عند الله حسَنٌ»)، أي: ما أجمَع المُسلِمون على حُسْنه بحسب اعتيادهم[١] وإطباقِهم عليه فهو عند الله حكمٌ ثابتٌ حسَنٌ.

(قال العلائي: لم أجِدْه مرفوعًا)، أي: مُنتهيًا سَنَدُه إلى النبيِّ ﷺ، (في شيء من كُتب الحديث أصلا)، لا بسَنَدٍ قوِيٍّ، (ولا بسَنَدٍ ضعيف، بعد طُول البحث وكثرةِ الكَشْف) للكُتب للتفتيش عليه، (والسُّؤالِ) عنه من أهله الحُفَّاظ، (وإنما هو قولُ عبد الله بن مسعود رضي الله عنه موقوفًا عليه[٢])، غير مُنتهٍ إسنادُه إلى النبي ﷺ، (أخرجَه أحمدُ في «مسنده»[٣]).

قال السخاوي في «المقاصد الحسَنة»: «هذا الحديث رواه أحمدُ في «كتاب السُّنَّة»

---

(١) في (ع): (اختيارهم).

(٢) انتهى كلام الحافظ العلائي. انظر: «المجموع المذهب في قواعد المذهب» (ص ٤٠٠).
وفي هامش (خ): (قوله: موقوفا عليه. هو في حكم المرفوع؛ لأنه لا يعرف بالرأي، فلا بد من حمله على السماع، كحديث عائشة في الحمل: «لا يمكن في بطن أمه،... إلخ»، على أن الإمام الأعظم يحتج بكل موقوف حتى قال: ما جاءنا عن رسول الله ﷺ، أو عن أحد من أصحابه، فعلى الرأس والعين، وما جاءنا عن غيرهم فنحن رجال وهم رجال، انتهى. على أنه قال في «المستصفى»: سئل النبي ﷺ عن الخميرة يتعاطاها الجيران، أيكون ربا؟ فقال: ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن، انتهى، وعلى هذا يكون مرفوعًا، انتهى، كذا نقله أبو السعود، أي: نقل عبارة «المستصفى» المذكورة، لا ما ذكرته قبلها، فإنه من حفظي).

(٣) رواه من حديث عبد الله بن مسعود، برقم (٣٦٠٠).

ـ ووهِم من عزاه لـ «المسند»[١] ـ من حديث أبي وائل، عن ابن مسعود. قال: «إن الله نظر في قلوب العباد، فاختار محمدا ﷺ، فبعثَه برسالته، ثم نظر في قلوب العباد، فاختار له أصحابًا، فجعلهم أنصارَ دِينه ووُزراءَ نبيِّه، فما رآه المؤمنون حسَنًا فهو عند الله حسن، وما رآه المؤمنون قبيحا فهو عند الله قبيحٌ»، وهو موقوف حسَنٌ»[٢]، انتهى.

سِياقُه يُشعِر بأن المراد بالمسلمين فيه: الصحابة رضوانُ الله عليهم أجمعين، وقضيةُ الاستدلال به تقتضِي أن المراد بهم ما يعُمُّ الجميعَ، حتى غير المجتهِدين؛ اعتبارًا لعُموم اللفظ.

وقال في «المشرع»[٣]: «الثابت بالعُرف ثابتٌ بدليل شرعيٍّ».

وفي «القنية»: «وليس للمُفتي ولا للقاضي أن يحكُما على ظاهر المذهب ويَتْرُكا العُرْفَ[٤]»، انتهى. والعادة هي العُرف، كما سيجيء.

[مطلب: شرح قول البزدوي «تُتْرَكُ الحقيقةُ بدلالة الاستعمالِ والعادة»]

(واعلَمْ أن اعتبارَ العادة والعُرف يُرجَع)، ببناء المجهول، (إليه في الفقه في

---

(١) كذا قال السخاوي، ولعله تابع فيه شيخه ابن حجر العسقلاني، حيث قال في «موافقة الخبر الخبر» (٢/ ٤٣٥): «أخرجه أحمد في «كتاب السنة»، ووهم في عزاه لـ«المسند»». وقد علّق المحققان لكتاب «موافقة الخبر الخبر» على كلامه هذا، فقالا: «بل رواه أحمد (أي: في «المسند»)، ولم أره في «كتاب السنة»».

(٢) «المقاصد الحسنة» (ص ٥٨١).

(٣) «المشرع في شرح المجمع» لأبي البقاء محمد بن أحمد بن الضياء المكي، المتوفى سنة ٨٥٤هـ. انظر: «كشف الظنون» (٢/ ١٥٩٩).

(٤) في هامش (خ) و(م): (لعل هذا محمول على بعض المسائل، كمسائل المزارعة والمساقاة، فإنهم صرحوا بأن العرف المخالف للنص لا يعتبر، وبأنه لا يصح بيع الشرب مقصودا وإن تعورف... إلى آخر ما أفاده أول «فتاوى تنقيح الحامدية»، فراجعه، فإنه نقل ما عن «القنية» معزيا لـ«البيري». ويأتي ذلك في قول المصنف، ولا خصوصية للربا، وإنما العرف غير معتبر في المنصوص عليه، انتهى).

مسائلَ كثيرةٍ، حتى جعَلوا ذلك الاعتبارَ أصلا) يُرجَع إليه، (فقالوا في الأصول في باب ما تُتْرَك فيه الحقيقةُ)، عامًّا كان اللفظُ أو غيرَه: تُتْرَك الحقيقةُ (بدلالة الاستعمال والعادة، هكذا ذكَره فخرُ الإسلام) البزدويُّ في «أصوله»[١].

(فاختُلِف)، أي: اختلَف شُرَّاحُ كلامه، (في عطف العادة على الاستعمال، فقيل: هما مُترادِفان[٢])، وإليه يُشير كلامُ «التحرير»، حيث قال في ذلك المبحث: «بدلالة العادة»[٣]، ولم يذكر الاستعمال.

وذكَر «أنها تُترك الحقيقةُ بخمسة أُمور:

ثانيها[٤]: دلالةُ اللفظ في نفسه، أي: إنباء المادة[٥] عن كمال، فيُخَصُّ اللفظُ بما فيه من الكمال، كحَلْفِه: لا يأكُل لَحْمًا، ولا نيةَ له: لا يدخُل السمَكُ؛ لإنبائه[٦] عن الشِّدَّة بالدم[٧]، فإنه سُمِّي لحمًا لقُوَّةٍ فيه، لتوَلُّدِه من الدم الذي هو أقوى الأخلاط في الحيوان، وليس في السمك دمٌ؛ لأنه يعيش في الماء.

وثالثُها: دلالةُ معنى من صفاتِ المُتكلِّم، كما في يمين الفور، كـ: إن خرجتِ فأنتِ طالقٌ، حيث تقيَّد بتلك الخرجة، فلا يحنَث بخروجها بعد ساعة. وحقيقةُ

---

(١) «أصول البزدوي» مع «كشف الأسرار»، باب أحكام حقيقة المجاز والصريح والكناية، باب جملة ما يترك به الحقيقة، دلالة الاستعمال والعادة (٢/ ٩٥).

(٢) انظر: «كشف الأسرار» (٢/ ٩٥).

(٣) «التحرير» مع «تيسير التحرير»، الفصل الرابع، التقسيم الثاني للفظ باعتبار الموضوع له، البحث الخامس: يرد على العام التخصيص، مسألة: العادة العرف العملي مخصص عند الحنفية (١/ ٣١٨).

(٤) أولها: دلالة العادة.

(٥) أي: مادة اللفظ.

(٦) أي: اللحم.

(٧) أي: لدلالة مادته على الشدة والقوة.

المُخصِّص هنا دلالةُ حالهما، ككونِها مُلِحَّةً على الخروج في تلك الحالة، وكونه مُلِحًّا على المنع.

ورابعُها: دلالةُ مَحلِّ الكلام، كـ «إنما الأعمال بالنيَّات»؛ إذ المَحلُّ غيرُ قابلٍ للحقيقة[١].

وخامسُها: دلالةُ السياق[٢]»[٣].

وقال: «العادة هي العُرف العمَلِيُّ، كالطعام على البُرِّ، فإنه ينصرِف الطعامُ إليه. ويُقابِلُها: العُرف القوليُّ، وهو أن يَتعارَف عند قوم في إطلاق لفظٍ إرادةُ بعض أفرادِه مثلا، بحيث لا يتناوَل عند سماعه إلا ذلك، كالدَّابَّة على الحِمار»[٤].

فعلى هذا، عطفُ العُرف على العادة من عطفِ العامِّ على الخاصِّ.

وعليه، فالاستعمال إن كان ما يعُمُّ استعمالَ اللفظ وغيره، فالعادةُ[٥] عطفُ خاصٍّ على عامٍّ.

(**وقيل: المرادُ من «الاستعمال»: نقلُ اللفظ عن موضعه الأصليِّ**)، أي: معناه الحقيقي، (**إلى معناه المَجازيِّ شَرْعًا**)، كنقل الصلاة عن الدُّعاء إلى الأركان المخصوصة، ويُسمَّى ذلك المعنى المجازيُّ حقيقةً شرعِيَّةً.

---

(١) فإن نفس العمل يوجد بدون النية.

(٢) أي: بدلالة سوق الكلام على أن المراد غير المعنى الحقيقي، بأن يكون هناك قرينة لفظية سابقة عليه أو متأخرة عنه.

(٣) انظر: «التحرير» مع «تيسير التحرير»، الفصل الرابع، التقسيم الثاني للفظ باعتبار الموضوع له، البحث الخامس: يرد على العام التخصيص، مسألة: العادة العرف العملي مخصص عند الحنفية (١/ ٣١٨ـ٣١٩).

(٤) انظر: «التحرير» مع «التيسير» (١/ ٣١٧).

(٥) أي: في قول البزدوي: «قد تترك (أي: الحقيقة) بدلالة الاستعمال والعادة».

وقوله: (وغَلَبَةُ استعمالِه)، أي: اللفظ المنقول، (فيه)، أي: المعنى المجازي، بيانٌ لدليل النقل؛ إذ لو لم يغلِب استعمالُه فيه، بأن لم يُهجَر المعنى الحقيقيُّ، لا يكون منقولا. فالمراد من الاستعمال التي تُتْرَك به الحقيقةُ: نقلُ الألفاظ الشرعية واستعمالُها بمعانيها الموضوعة لها في الشَّرْع، فبه تُتْرَك معانيها الحقيقِيَّةُ اللُّغَوِيَّة.

واعلَم أنهم ذكروا في «التحرير» وغيره أنَّ: «هذه الألفاظ[١] المُستعمَلة لأهل الشرع في غير معانيها اللُّغَوية حقائقُ يتبادَر منها معانيها الشرعيةُ بلا قرينة، سواء كان لمُناسَبةٍ بين المعنى الشرعيِّ واللُّغَويِّ[٢] أو لا[٣]، بلا خلافٍ، وإنما الخلافُ في أنها حقيقةٌ عُرفيَّةٌ للفُقَهاء بسبب أنهم وضَعوها لتلك المعاني، فهي في تخاطُبهم تدلُّ [عليها] بلا قرينة، وأما الشارع، فإنما استعمَلها فيها مجازًا عن معانيها اللُّغَوية بمَعُونةِ القرائن، أو حقيقةٌ شرعيةٌ[٤] بوَضعِ الشارع، فتدلُّ في كلامه على تلك المعاني بلا قرينة، فالجمهور على الثاني[٥]، وذهب القاضي أبو بكر والبيضاوي إلى الأوَّل،

---

(١) من نحو الصلاة والزكاة.

(٢) أي: فيكون منقولا.

(٣) أي: فيكون موضوعا مبتدأ.

(٤) عطف على قوله: «حقيقة عرفية للفقهاء».

(٥) في هامش (خ): (قوله: فالجمهور على الثاني؛ أي: أنها حقيقة شرعية. فعليه، أي: على الثاني، يحمل كلام الشارع، وكلام أهل الفقه والأصول، ومن تخاطب باصطلاحهم أيضا إذا وقعت مجردة عن القرائن؛ لأنه الظاهر منه ومنهم، انتهى، «تحرير» و«شرحه». ثم قال: لنا على أنها حقيقة شرعية بوضع الشارع القطع بفهم الصحابة قبل حدوث الاصطلاحات في زمنه ﷺ ذلك، وهو، أي: فهمهم ذلك، فرع الوضع لها. نعم؛ لا بد أولا من نصب قرينة النقل دفعا لتبادر اللغوي. فمدار التوجيه على أنه إذا لزم تقدير قرينة غير اللغوي، فهل الأولى تقديرها قرينة التعريف النقل أو المجاز؟ والأوجه الأول، أي: تقدير قرينة غير اللغوي قرينة تعريف النقل، كما هو قول الجمهور؛ إذ علم استمراره، =

فهي في كلام الشارع حقيقةٌ أو مجازٌ مُشتهَرٌ، وعلى كلٍّ، فلا بد له من نَصْب قرينةٍ تدلُّ على أن المراد بها غيرُ المعاني اللُّغَوية دفعًا لتبادُر اللغوي.

فمدارُ التوجيه[١]: هل الأَولى في تقدير القرينة واعتبارِها قرينةُ تعريفِ النقل وتثبيته[٢]، أو قرينةُ تعريف المجاز؟ ذهب الجمهورُ إلى الأوَّل، والقاضِيَان إلى الثاني[٣].

ولا خَفاءَ في أن كلام المُصنِّف موافقٌ للجمهور؛ إذ القاضِيان لا يقولان بالنقل.

(و)المراد (من العادة: نقلُه)، أي: اللفظ عن موضعه الأصلي، (إلى معناه المَجازي عُرفًا)، عامًّا أو خاصًّا، كالدَّابَّة لما يدُبُّ على الأرض، نُقِلت في العُرف لما يدُبُّ من ذَوَاتِ القوَائم الأربع، كالرَّفْع للحركة المخصوصة[٤].

وقوله: (وغلَبَةُ استعمالِه فيه)، عطفٌ على «نقلُه». فيه ما تقدَّم، ووجهُ التخصيص في الأوَّل بـ«الاستعمال»، وفي الثاني بـ«العادة»، ظاهرٌ؛ لأن العُرف يعلم العادة ويكرر ذلك منهم[٥]، فيصلُح أن يكون بدلالتها. وأما الشارع، فإنما يُعلم لذلك باستعماله.

= أي: الشارع، على قصده، أي: الشرعي، من اللفظ أبدا، إلا لدليل؛ فإن استمراره على ذلك أمارة نسخ الأول، وهو معنى النقل، انتهى).

انظر: «التقرير والتحبير»، المقالة الأولى في المبادئ اللغوية، المقام الثامن في تقسيم اللفظ إلى مهمل ومستعمل، الفصل الخامس في المفرد باعتبار استعماله، مسألة: الأسماء المستعملة لأهل الشرع (٢/ ١١ ـ ١٢).

(١) أي: في محل الاشتباه، فيما إذا لزم تقدير قرينة غير اللغوي على تقدير النقل، وتقدير قرينة المجاز على تقدير عدم النقل، فإنه لا بد من وجود القرينة على الوجهين.

(٢) كذا في «تيسير التحرير». وفي النسخ: (تعيينه).

(٣) انظر: «التحرير» مع «تيسير التحرير»، الفصل الخامس في المفرد باعتبار استعماله، مسألة: لا خلاف أن الأسماء المستعملة لأهل الشرع حقائق شرعية (٢/ ١٥ ـ ١٦).

(٤) أي: عند النحاة.

(٥) كذا في النسخ.

(وتمامه في «الكشف الكبير»[١]). قال فيه: «ويجوز أن يكون الاستعمالُ راجعًا إلى القول، بمعنى أنهم يُطلِقون هذا اللفظَ في معناه المجازي في الشَّرع أو[٢] العرف، دونَ معناه الموضوعِ له الأصليِّ[٣]»[٤].

[تعريف العادة وبيان أنواعها عند السراج الهندي]

(وذكر) سِراجُ الدِّين عمرُ بن إسحاق بن محمد، الغَزْنوِيُّ الأصلِ، (الهنديُّ في «شرح المغني») الأُصولي للخَبَّازي: (**العادةُ عِبارةٌ عمَّا يَستقِرُّ في النُّفوس من الأُمور المُتكرِّره المعقولة عند الطِّباع السَّليمة، وهي**)، أي: العادة بهذا المعنى تعُمُّ الاستعمالَ، (**أنواعٌ ثلاثةٌ**):

النوع الأول: (**العُرفِيَّة العامَّة، كوضع القدَم**)، فيما إذا حلَف: لا يضَعُ قدمَه في دار فلان، يُراد[٥] به مُطلَقُ الدُّخول عُرفًا عامًّا، حتى هُجِر المعنى الأصلي، فلا يحنَث به، فلو اضطجَع، ووضَع قدمَيه فيها: لا يحنث؛ لأنه لا يقال عُرفًا أنه وضَع قدمَه فيها.

(و)النوع الثاني: (**العُرفيَّة الخاصَّة، كاصطلاح كُلِّ طائفةٍ مخصوصة، كالرَّفع للنُّحاة**)؛ فإنه عندهم اسمٌ للحرَكة المخصوصة، (**والفَرْق والجَمْع والنَّقْض للنظَّار**)؛ فإن الفرق عندهم: أن يُبيِّن في الأصل وصفٌ له مَدخلٌ في العِلِّيَّة لا يوجد في الفرع، والجمعُ: هو جمع الفرع مع الأصل في الحكم بمُوجب وصفٍ مُشتَرَكٍ بينهما،

---

(١) «كشف الأسرار»، باب أحكام حقيقة المجاز والصريح والكناية، باب جملة ما يترك به الحقيقة، دلالة الاستعمال والعادة (٢/ ٩٥).

(٢) كذا في النسخ. وفي «الكشف»: (و).

(٣) كالصلاة والدابة مثلا، فإنهما لا تستعملان في الشرع والعرف إلا في الأركان المعهودة والفرس.

(٤) «كشف الأسرار»، باب أحكام حقيقة المجاز والصريح والكناية، باب جملة ما يترك به الحقيقة، دلالة الاستعمال والعادة (٢/ ٩٥).

(٥) في (خ) و(م): (يريد).

والنقض: تخلُّف حكمِ المُدَّعِي عن الدليل، ومعانيها اللغوية غنيَّةٌ عن البيان.

(و)النوع الثالث: (العُرفية الشرعية، كالصلاة والزكاة والحج، تُرِكت معانيها)، أي: هذه الألفاظ، (اللُّغوية)، وهي الدُّعاء، والزيادة والطَّهارة، والقَصْد[1]، (بمَعانيها الشرعية) من الأركان المعلومة، وتمليكِ المال من فقيرٍ مسلمٍ غيرِ هاشِميٍّ ولا مولاه بشرطِ قطعِ المَنفعة عن المُملِك من كلِّ وجهٍ لله تعالى، وزيارةِ مكانٍ مخصوص في زمانٍ مخصوص، (انتهى) كلامُ الهندي.

[فرع: حدُّ الماء الجاري ما يَعُدُّه الناظِرُ جاريًا]

(فمِمَّا فُرِّع في الفقه على هذه القاعدة) السادسة: (حدُّ الماء الجاري الأصحُّ)، صفةُ الحدِّ، من (أنه ما يَعُدُّه الناظِرُ جاريًا)، وكونُه من فروعها بناءً على أن معناه: ما يُعتاد عدُّ الناظرِ إياه جاريًا، ووصفَه بالأصحِّ؛ لأن له حُدودًا أُخَر، «كقولهم: ما يذهَب بتَبِنةٍ، وقولِهم: ما لا يتكرَّر استعمالُه، وقولِهم: ما لا ينحسِر وجهُ الأرض بالاغتراف بكَفَّيه، والأصحُّ الأوَّل»، «زيلعي»[2].

[فرع: حدُّ البَعْر الكثير في البئر ما يَستكثِره الناظِرُ]

(ومنها)، أي: مما فُرِّع عليها، (وقوعُ البَعْر الكثير في البئر)، أي: مسألة وقوعه فيها، فإنه قد اختُلف في الكثير، فقيل: هو الثُّلُث، وقيل: ما يُغطِّي وجهَ الماء، وقيل: ما لا يخلُو كلُّ دَلْوٍ عن بَعْرةٍ أو بَعْرتَين، (والأصحُّ فيه: ما يَستكثِرُه الناظِرُ)، أي: يَعُدُّه كثيرًا، وهو ظاهر الرواية عن أبي حنيفة، «وعليه الاعتمادُ»، «هداية»[3]، أو هو

---

(١) في هامش (خ): (قوله: والقصد، صوابُه زيادةُ: «إلى مُعظَّم»؛ فرقًا بينه وبين التيمم، انتهى).

(٢) «تبيين الحقائق»، كتاب الطهارة، أقسام الماء، قوله: «فهو كالجاري» (١/ ٢٣).

(٣) «الهداية» مع «فتح القدير»، كتاب الطهارات، باب الماء الذي يجوز به الوضوء، فصل في البئر (١/ ٩٩).

المختار»، «معراج الدراية». وفي «الأكمل»: أنه «موافق لمذهب أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنه لا يقدر شيئا بالرأي فيما يحتاج إلى تقدير»[١].

وتفريعُه بالتأويل المُتقدِّم[٢].

[فرع: حدُّ الماء الكثير المُلحَق بالجاري مُفوَّضٌ إلى رأي المُبتلَى به]

(ومنها: الماءُ الكثيرُ المُلحَقُ بالجاري)، فإن فيه أقوالًا، (والأصحُّ تفويضُه إلى رأي المُبتلَى به)، فإن غلَب على ظنِّه وُصولُ النجاسة إلى الجانب الآخر: فهو قليلٌ لا يجوز الوضوءُ به، وإلا فهو كثيرٌ يجوز الوضوءُ به؛ لأن أبا حنيفة يُفوِّض إلى رأي المُبتلَى من غير حُكمٍ بالتقدير فيما لا تقديرَ فيه من جهة الشارع، (لا التقديرُ بشيءٍ من عَشْرٍ في عَشْر)، كما هو مَروِيٌّ عن الإمام محمد رحمه الله تعالى، ولا اعتبارَ بالتحريك، بأنْ لم يتحرَّك طرفُه المُتنجِّسُ بتحرُّكِ طرفِه الآخَر فهو كثير، وإلا فقليلٌ، كما هو المَروِيُّ عن أبي يوسف.

[فرع: لو زاد الدمُ على أكثر الحيض والنِّفاس رُدَّت إلى عادتها]

(ومنها: الحيض والنفاس قالوا: لو زاد الدمُ على أكثرِ الحيض والنِّفاس: رُدَّت إلى عادتها)، أو إلى أكثرها إن كانت مُبتدأةً، فتَقضِي صلاةَ ما زاد عليها؛ لأنه استحاضةٌ.

وهل تَترُك الصلاةَ بمُجرَّد رُؤيتِها[٣] على عادتها[٤]؟ قيل: تَترُك، ولا تُؤمَر بالاغتسال، وقيل: تُؤمَر بهما؛ لأن الزيادة مُتردِّدةٌ بين الاستحاضة[٥]، فلا تترك الصلاة

---

(١) «العناية شرح الهداية»، كتاب الطهارات، باب الماء الذي يجوز به الوضوء، فصل في البئر (١/ ٩٩-١٠٠).

(٢) أي: بناء على أن معناه: ما يعتاد عد الناظر إياه كثيرا.

(٣) أي: بمجرد رؤية الزيادة.

(٤) بأن كانت عادتها في الحيض خمسة، فرأت الدم في اليوم السادس، كما في «المحيط البرهاني».

(٥) أي: إن زاد الدم على العشرة، وبين الحيض إن اقتصر على العشرة.

بالشك، والأول أصحُّ، كما في «الزيلعي»[١] و«النهاية» و«المحيط»[٢]؛ لأن دليلَ كونِه حيضًا ظاهرٌ، وهو رُؤيةُ الدَّم في أوَانه، وفي خروجها عن الحيض شكٌّ، فحكَمنا بأنها حيضٌ حتى يتبيَّن أمرُها؛ لأن الزيادة لا تكون استحاضةً حتى تُجاوِز العشَرة.

ثم إن هذا المثال، وكثيرًا من الأمثلة الآتية، ليست العادةُ فيها بمعنى العادة المُعرَّفة بما ذكره الهنديُّ، المُرادِفةُ للعُرف، المُستفادةُ من الحديث، فكونُه من فروع القاعدة يحتاج إلى نظرٍ دقيق.

[فرع: حدُّ العمل الكثير المُفسِد للصلاة مُفوَّضٌ إلى العُرف]

(ومن ذلك) المُفرَّع على القاعدة: (العملُ الكثير المُفسِدُ للصلاة مُفوَّضٌ إلى العُرف)، فتُفسِد (لو كان العملُ بحيث لو رآه راءٍ يظُنُّ أنه)، أي: العامل، (خارجَ الصلاةِ)، وعليه أكثرُ المشايخ، وقيل: مُفوَّض إلى المُصلِّي، إن استكثَره فهو كثيرٌ، وإلا فهو قليل. قال شمس الأئمَّة الحلَواني: وهذا أقربُ إلى مذهب أبي حنيفة؛ لأنه يُفوِّضُه إلى رأي المُبتلَى.

[فرع: تناوُل الثِّمارِ الساقطة]

(ومنه)، أي: ومن ذلك أيضًا، (تناوُلُ الثِّمار الساقطة) من الأشجار، «إن كانت في المصر لا يَسَعُه أن يَتناوَل شيئًا منها إلا أن يَعلَم نصًّا أو دلالةً أن صاحبها أباحَها؛ لأن ذلك في الأمصار لا يكون مُباحًا عادةً. وإن كانت في الحائط، أي: البُستان، فإن كانت من الثمار التي تبقَى، كالجَوز وغيره: لا يَسَعُه أن يأخُذَه ما لم يعلم الإذن،

---

(١) انظر: «تبيين الحقائق»، كتاب الطهارة، باب الحيض (١/ ٦٤).

(٢) انظر: «المحيط البرهاني»، كتاب الطهارات، الفصل التاسع في الحيض، نوع آخر في الزيادة والنقصان في أيام الحيض (١/ ٤٣٤ ـ ٤٣٥).

وإن كانت مما لا تبقَى تكلَّمُوا فيه، والأصحُّ أنه لا بأسَ ما لم يَتبيَّن النهيُ صريحًا أو دلالةً»، «خلاصة»[1].

زاد في «الخانية»: «وإن كانت في الرَّساتيق التي يقال لها: بيراسته» - أي: القُرَى والسَّوَاد - «فإن في الثمار[2] التي تبقى: لا يَسَعُه الأخذُ إلا أن يعلَم الإذنَ، وإن فيما لا تبقى: اتفقوا على أنه يَسَعُه الأخذُ ما لم يعلَم النهيَ صريحًا أو دلالةً»[3]، انتهى.

وأما في الثمار التي على الأشجار، فالأفضلُ أن لا يأخُذ من موضعٍ لم يُؤذَن له، إلا أن يكون ذلك في موضع كثيرِ الثِّمار، يُعلَم أنهم يَسمَحون بمثل ذلك، فيَسَعُه أن يأكُل، ولا يَسَعُه أن يحمَل.

وفي «منظومة ابن وهبان» ما يفيد تخصيصَ الساقطِ تحت الشجر بالأكل[4].

وفيما نقلناه عن «الخلاصة» ما يفيد أنه أعمُّ منه ومن الحمل، ومع ذلك مسألةُ ما على الأشجار قيَّدها في «الخانية» بالأكل، فلو كان كما قاله ابنُ وهبان في مسألة الساقط تحتها لقيَّده به[5]، تأمل.

---

(١) «خلاصة الفتاوى»، كتاب الكراهية، الفصل الخامس في الأكل، نوع منه: الجوز الذي يلعب به الصبيان (٤/ ٣٦٣ - ٣٦٤).

(٢) في «الخانية»: «فإن كان ذلك من الثمار».

(٣) «فتاوى قاضي خان»، كتاب اللقطة (٣/ ٣٩١).

(٤) حيث قال:

«ومن مرَّ بالأشجار صيفًا بحائط ... وفي أرضه ثمرٌ: له الأكلُ أنظرُ

إذا لم يكن يبقى ولا نهي عادة ... ولا هو تصريح ولا منه يظهر»

انظر: «شرح المنظومة الوهبانية»، باب اللقيط اللقطة (١/ ٢٢٤).

(٥) في هامش (خ): (قوله: لقيده به. ترك «الخانية» للقيد لا يكون حجة على «ابن وهبان» الذي صرح بالقيد، وحيث وجد القيد صريحا في «ابن وهبان» فالواجب قبوله حتى نجد نصا صريحا ممن يعتد =

هذا، وفي نقل «الخانية» الاتفاقَ في مسألة الساقط في الرساتيق يخالفه ما في «الولوالجية» من حكاية الخلاف في ذلك[١].

وأما ورَقُ الشجر الساقط في الطريق، فإن كان يُنتفَع به، كورَق التُّوت في أيام القَزِّ[٢]، ليس له أن يأخُذه، وإن أخذ: ضمن، وإن كان لا يُنتفَع به: له أن يأخُذه.

«رفعُ التُّفَّاح والكُمَّثْرى ونحوهما من النهر الجاري وأكلُه جائزٌ، وإن كثُر. ولو وجَد جَوزةً، ثم أُخرى، حتى تبلغ عشرةً، ولها قيمةٌ، فإن وجد الكُلَّ في موضع واحد: فهي لُقطةٌ، وإن وجدها في مواضعَ: اختلفوا فيه، والصحيحُ أنها بمنزلة اللُّقطة، بخلاف النَّواة[٣] وإن كثُر، فإنه مما يُرمَى عادة[٤]. وأما الحطَب والخشَب، فإن كان له قيمةٌ: فهو لقطة، وإلا فلا»، «ابن الشحنة»[٥].

[فرع: إجارة الظِّئْر جُوِّزت على خلاف القياس للتعارُف]

(و)منه: (إجارة الظِّئْر)، ولو بطعامها وكِسوتِها، إذا كانت المُدَّةُ مُعيَّنةً، فإن القياس يقتضي عدمَ الجواز من وجهين:

= به في إبطال هذا القيد. فالحاصل أن سكوت «الخانية» عن القيد لا ينفي القيد، فكلام هذا الشارح ساقط لضعفه).

(١) ما في «الولوالجية»، كتاب الأيمان، الفصل العاشر في المسائل المتفرقة (٢/ ٣٣٥) موافق لما في «الخانية» تمامًا. قال فيها: «وإن كان في الرستاق الذي يقال له بالفارسية: بيراسته، إن كان ذلك من الثمار التي تبقى: لا يسعه إلا إذا علم بالإذن، وإن كان ذلك من الثمار التي لا تبقى: يسعه بلا خلاف، ما لم يرد النهي». والظاهر أن الشارح تابع الحموي فيما قاله. انظر: «غمز العيون» (١/ ٢٩٧).

(٢) كذا في النسخ.

(٣) إذا وجدها متفرقة، ويكون لها قيمة، «شرح الوهبانية».

(٤) فتصير بمنزلة المباح، ولا كذلك الجوز، «شرح الوهبانية».

(٥) انظر: «شرح المنظومة الوهبانية»، باب اللقيط واللقطة (١/ ٢٢٤).

أحدهما: كونُها وارِدةً على استهلاك العين، وهو اللَّبَن، فصار كاستئجار البقَرة لشُرب لبَنِها.

وثانيهما: الجهالةُ في الأُجرة، ولكنهم أجازُوها للتعارُف في الأمصار توسِعةً على الظائِر والأظآر.

وقضيةُ إطلاقه يفيد أن للمُسلمة أن تُؤجِّر نفسَها لإرضاع ولَدِ الكافر، وبه صرَّح في «الخانية»[1]. نعم؛ «لا يجوز خدمةُ المُسلِمة ولا المُسلمِ الكافرَ والكافرةَ، وللعمل يجوز»، «بحر»[2].

وفي نسخة «الحمَوي»: «وفي إجارة الظئر»[3]، فالجارُّ مُتعلِّق بـ«يُعتبَر فيه العُرفُ» محذوفٌ، دلَّ عليه ما بعده.

[فرع: ما لا نصَّ على كَيلها أو وَزْنها من الأموال الرِّبَوية يُعتبَر فيها العُرْف]

(و)منه: (ما لا نصَّ فيه) من كونه كَيليًّا أو وزَنيًّا، وهو ما عدا السِّتَّة المنصوصَ عليها (من الأموال الرِّبَوِيَّة)، حيث (يُعتبَر فيه العُرفُ في كونه كَيلِيًّا أو وزَنيًّا).

[مطلب: العُرف غيرُ مُعتبَرٍ في المنصوص عليه]

(وأما المنصوصُ على كَيله)، وهو البُرُّ والشعير والتمر والمِلْح، (أو على وَزْنه)، كالذَّهَب والفِضَّة، (فلا اعتبارَ فيه للعُرْف عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، خلافًا لأبي يوسف رحمه الله، وقوَّاه)، أي: رجَّح قولَ أبي يوسف، (في «فتح

---

(١) انظر: «فتاوى قاضي خان»، كتاب الإجارات، فصل في إجارة الظئر (٢/ ٣٥٧).

(٢) انظر: «تكملة البحر الرائق»، كتاب الإجارة، باب ضمان الأجير (٨/ ٣٧).

(٣) «غمز العيون» (١/ ٢٩٧).

القدير» من باب الرِّبا[1]، ولا خُصوصيةَ) في عدم اعتبار العُرف في المنصوص عليه (للرِّبا، وإنما العُرف غيرُ معتبَر في المنصوص عليه[2])، رَبَويًّا كان أو غيرَه.

ولعدم اعتبارِه في غير الرِّبوي قال: (قال في «الظهيرية» من) كتاب (الصلاة: وكان محمد بنُ الفضل يقول: السُّرَّة إلى موضع نَبات الشَّعْر من العانَة ليس بعورةٍ؛ لتعامُل العُمَّال في الإبداء)، أي: الإظهار، (عن ذلك الموضع عند الاتِّزار، و)في (النَّزْع)، أي: المنع، (عن العادة الظاهِرة نوعُ حرَجٍ. وهذا القول)، أي: كونُ السُّرَّة إلى الحدِّ المذكور غيرَ عورةٍ، (ضعيفٌ وبعيدٌ؛ لأن التعامُل بخلاف النصِّ لا يُعتبَر، انتهى) كلامُ «الظَّهيرية» (بلفظِه)، أي: عبارته؛ لأن النصَّ ورَد بقوله عليه الصلاة والسلام: «عَورةُ الرجُل ما بين سُرَّته إلى رُكْبته»[3]، بخلاف التعامُل.

وبهـذا المنقـول عُلـم أن[4] عـدمَ اعتبـارِ العُرف فـي المنصوص عليـه من غير الرِّبَوي.

---

(١) انظر: «فتح القدير»، كتاب البيوع، باب الربا (٧/ ١٥).

(٢) في هامش (خ) و(م): (هذا يخالف ما تقدم في «الشرح» عن «القنية» أول هذه القاعدة من قوله: وفي «القنية»: ليس للمفتي ولا للقاضي أن يحكما على ظاهر المذهب ويتركا العرف، انتهى. وتقدم بالهامش أن هذا محمول على بعض المسائل، فراجعه، انتهى).

(٣) روى نحوه الدارقطني في «سننه»، كتاب الصلاة، باب الأمر بتعليم الصلوات، برقم (٨٨٧)، ولفظه: «فإن ما تحت السرة إلى الركبة من العورة». ورواه أحمد في «المسند» بنحو هذا اللفظ، برقم (٦٧٥٦).

(٤) كذا في النسخ. وفي هامش (خ): (قوله: أن عدم. الظاهر حذف «أن»؛ لعدم ذكر خبر لها، ولا يتم الكلام بدونه، وبحذفها يظهر تمام الكلام، وأظن أنها زيادة من الناسخ).

[فرع: صوم يوم الشك لا يكره لمن له عادة]

(و)منه: (ما في صوم يومِ الشكِّ، فلا يُكرَه) الصومُ (لمن له عادةٌ) من العوَامِّ، كصوم يوم الخميس والإثنَين، فوافق ذلك اليوم، (و)كذا لا يُكرَه لمن له (صومُ يومَين قبله)، أي: يوم الشك، بأن صام ثلاثةَ أيامٍ وافَق آخِرُها يومَ الشكِّ، فإنه لا يكره.

وهذه المسألة استطرادية، ذُكِرت لتكميل ما لا يُكره من صوم يوم الشكِّ، كقوله: (والمذهب المُختار عدمُ كراهةِ صومِه بنِيَّة النفلِ مطلقًا)، سواء كان له عادةٌ أو لا، صام قبله يومَين أو لا[1].

[فرع: قبول القاضي الهدِيَّةَ المُعتادةَ
ممَّن اعتادَ الإهداءَ له قبل التولية]

(ومنه: قبولُ الهدِيَّةِ للقاضي ممَّن له عادةٌ بالإهداء له قبل توليته) القضاءَ (بشرط أن لا تزيد الهدِيَّةُ على العادة)، أي: الهدية المعتادة قبل التولية، (فإن زاد عليها: ردَّ) القاضي (الزائدَ)، لا كلَّها.

[فرع: جوازُ الأكل مما يُقدَّم ضِيافةً بلا إذنٍ صريح]

(ومنه): جواز (الأكل من الطعام المُقدَّم ضِيافةً بلا صريحِ الإذنِ)؛ لدلالة العادة عليه.

---

(١) في هامش (ع) و(خ): (وأما حديث: «لا تقدموا رمضان بصوم يوم أو يومين»، محمول على القصد، أي: قصد أنه من رمضان؛ لأن التقدم بالشيء على شيء أن ينويه قبل حينه وأوانه، فإذا صام عن شعبان لم يأت بصوم رمضان قبل زمانه وأوانه، فلا يكون هذا تقدما عليه، «شرنبلالية»).

[فرع: ألفاظ الواقف والناذر والوصيّ والحالف،
وكذا الأقارير، مبنيَّةٌ على الأعراف]

(و)منه: (ألفاظُ الواقِفين تُبنَى على عُرفهم، كما في وقف «فتح القدير»[1]، وكذا ألفاظ الناذر والوصي والحالف، وكذا الأقاريرُ تُبنَى عليه، إلا فيما نذكُره من المسائل المُستثنَيات) من تقديم المعنى العُرفي على الشّرعي عند التعارُض، ومن المسائل التي خرجت عن بناء الأيمان على العُرف، كما سيأتي.

(وسيأتي مباحثُ الأيمان)، فترى ابتناءها على العُرف.

* * *

[مباحث مُتعلِّقة بقاعدة «العادة مُحكَّمة»]

(ويتعلَّق بهذه القاعدة) السادسة (مباحثُ):

[المبحث الأول: بماذا تثبُت العادةُ]

(الأول: بماذا تثبُت العادةُ، وفي ذلك المبحث فروعٌ):

[الفرع الأول: العادةُ في باب الحيض]

(الأول: العادة في باب الحيض)، وكذا النِّفاس، (اختُلِف فيها)، أي: في تلك العادة. واعلم أن الخلاف في عادة المُعتادة، لا في عادة المُبتدَأة؛ إذ لا خلاف في أنها تثبُت بمرَّة.

(فعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى: لا تثبُت العادة) المُتقدِّمة (إلا بمرَّتَين)؛ لأنها مُشتقَّة من العود، فلا بد من التكرار، (وعند أبي يوسف: تثبُت ولو بمَرَّة واحدة، قالوا: وعليه الفتوى)؛ لأن «المُراهِقة إذا رأت الدمَ مرَّةً واحدةً صارَت

---

(١) قال فيه (٦/ ٢٤٣): «وكلام الواقفين منصرف إلى العرف؛ فإن تخاطبهم به».

عادةَ لها بالإجماع، فلو رأَتْ مرَّتَين أو أكثرَ، ثم استمرَّ بها الدمُ: رُدَّت العادةُ إلى المُتكرِّرة عندهما، وإلى آخر ما رأَتْ عنده»، «قهستاني»[١].

(وهل الخلافُ) المذكور (في العادة الأصلية)، وهي أن ترى دمَين مُتَّفِقَين، وطُهْرَين مُتَّفِقَين على الوَلاء، أو دِماءً مُتَّفِقة وأطهارًا مُتَّفقةً على الولاء، كما إذا رأَتْ الدمَ خمسةَ أيامٍ، وطُهْرًا خمسًا وعشرين، ثم رأَته ستَّةَ أيام، ثم رأَته سبعةً، ثم رأَته ستَّةً: فالعبرةُ للستَّة لتكرُّرها عندهما، ولوُقوعِها أخيرةً عند أبي يوسف، لا فرقَ بين أن تكون مُبتدَأةً أو غيرَها.

(أو في) العادة (الجَعْلِيَّة)، وهي: «إما في حقِّ الطُّهر والدم جميعًا، وذلك بأن ترى أطهارًا مُختلِفةً ودماءً مُختلِفة، أو ترى دمَين مُتَّفِقَين وطُهْرَين مُتَّفِقَين بينهما تخالُفٌ، ثم استمرَّ بها الدمُ، فيجب البناءُ إما على أوسط الأعداد الثلاثة الأخيرة، أو على أقلِّ المَرتبتَين[٢] الأخيرتَين على ما اختلفوا، فتُسمَّى ذلك عادةً جَعْليَّةً في الدم والطُّهر جميعًا؛ وإما في حقِّ الطُّهر فقط، وذلك بأن ترى أطهارًا مُختلِفةً، أو طُهرَين مُتَّفِقَين بينهما طُهرٌ مُخالِفٌ، فإذا استمرَّ بها الدمُ يجب البناءُ في حقِّ الطُّهر على أوسط الأعداد الثلاثة الأخيرة، أو على أقلِّ المَرتبتَين الأخيرتَين، فتصير عادتُها في الطُّهر جَعْلِيَّة؛ وإما في حق الدم فقط، وذلك بأن ترى دِماءً مختلفةً، أو دمَين مُتَّفقَين بينهما مخالفٌ، فإذا استمرَّ بها الدمُ: يجب البناءُ في حقِّ الدم على أوسط الأعداد الثلاثة الأخيرة، أو على أقلِّ المَرتبتَين الأخيرتَين، فتصير عادتُها في الدم جَعْليَّة.

ثم هذه العادةُ إذا اعترَضت على العادة الأصليَّة، ثم جاء الاستمرارُ: فعند

(١) «جامع الرموز»، كتاب الطهارة، فصل الحيض (١/ ٩٢).
(٢) كذا في النسخ. وفي «التاتارخانية»: (المرئيين). وكذا في ما يأتي إلى آخر هذا الاقتباس.

مشايخ بلخ: لا تنتقِض العادةُ الأصليَّة، وعند مشايخ بُخارى: تنتقِض»، كذا في «التاتارخانية»[1].

(أو فيهما؟)، أي: في كلِّ من الأصلية والجَعْلية.

الأصحُّ أنه في كلٍّ منهما.

(ذكر مُستَوفًى في «الخلاصة» وغيرها).

قال في «الخلاصة»: «الانتقالُ على ضربَين: انتقالُ عددٍ، وانتقال مكان. فانتقال العدد: أن ترى زيادةً على معروفتها، والمكانُ بحاله. وانتقال المكان: أن ترى في غير موضِعِها المعروف.

ثـم الانتقـالُ لا يكـون إلا بمرَّتَيـن فـي قول أبـي حنيفـة ومحمـد رحمهما الله تعالـى، وعنـد أبـي يوسـف: يكـون بمَـرَّة، وعليـه الفتـوى. وبيـانُ هـذا الأصل بمسـائل، منهـا:

أن المرأة إذا كانت عادتُها في الحيض خمسةَ أيام من أوَّل كلِّ شهر، وطُهرُها خمسًا وعشرين، فرأَت مرَّةً زيادةً على معروفتها، إلا أنها لم تَتجاوَز العشرةَ: فإنه يكون جميعُ ما رأَتْ حيضًا بالاتفاق، غير أن عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى: لا يكون الحيضُ مرَّةً عادةً، وعند أبي يوسف: تكون عادةً.

وثمرةُ الخلاف بينهم في الشهر الثاني إذا استمرَّ بها الدمُ، فإنها تُرَدُّ إلى عادتها القديمة عند أبي حنيفة ومحمد، وعند أبي يوسف: تُرَدُّ إلى آخر ما رأت. وأجمَعوا على أنها إذا زادَت على ذلك بمرَّتَين، ثم استمرَّ بها الدمُ في الشهر الثالث: فإنها تُرَدُّ

(١) «الفتاوى التاتارخانية»، الفصل التاسع في الحيض، نوع آخر في الانتقال (١/ ٥٠٣).

إلى ما توالَى عليه الدمُ مرَّتَين. وكذا إذا انقطَع دمُها دون عادتِها من ثلاثةِ أيَّام، أو أربعَة أيام: فهو على هذا»[1]، انتهى.

وأنت تعلم منه أنه لا يُستفاد منه الخلافُ في العادة الجَعْليَّة وُجودًا وعدمًا، فضلا عن الاستيفاء، إلا أن يكون الاستيفاءُ في غيرها، ولكن قد يقال: إن على مذهب أبي يوسف لا يُتصوَّر العادةُ الجعلية لثبوت العادة عنده بمرَّة واحدة، ففي صورة الجعلية العادة عنده المرَّةُ الأخيرةُ، لا غير.

[الفرع الثاني: يتحقَّق تعليمُ الكلب الصَّيدَ بأن يصير تركُ الأكل عادةً له]

(الثاني) من تلك الفروع: **(تعليمُ الكلبِ الصَّيدَ)** يتحقَّق **(بتركِ أكلِه الصَّيدَ، بأن يصير التركُ)**، أي: ترك الأكل، **(عادةً)** له، **(وذلك)**، أي: كونه عادةً يتحقَّق **(بتركِه الأكلَ ثلاثَ مرَّاتٍ)** عندهما، «وعند أبي حنيفة: مُفوَّضٌ إلى أهل الخِبْرة والصَّناعة من غير تقديرٍ بمرَّات. وأما البازي، فتعليمُه بالرُّجوع إلى دعوته، والفهدِ بالرُّجوع وتركِ الأكل»، كذا في «الاختيار»[2].

[الفرع الثالث: بماذا تثبُت العادةُ المُسوِّغة لقبول الهدِيَّة للقاضي]

(الثالث) من تلك الفروع: **(لم أرَ بماذا تثبُت العادةُ بالإهداء المُقتضِية)**، أي: المُسوِّغة، **(للقُبول)**، أي: قبول الهدية للقاضي. ونقل المُحشِّي عن العلامة محمد السَّمَديسي أنها تثبُت بمرَّة[3].

---

(١) «خلاصة الفتاوى»، كتاب الحيض، الفصل الثالث في الانتقال (١/ ٢٣٢).

(٢) انظر: «الاختيار»، كتاب الصيد (٥/ ٤ ـ ٥).

(٣) انظر: «غمز العيون» (١/ ٢٩٩). وفي هامش (ع) و(خ) و(م): (وفي «البيري» نقلا عن «الإيضاح» ما يقتضي أنها لا تثبت إلا بالتكرار. قال أبو السعود: يوفق بينهما بحمل كلام البيريِّ على قولهما، وكلام السمديسي على قول أبي يوسف، انتهى).

[المبحث الثاني: العادة إنما تُعتبَر إذا اطَّردَتْ أو غلَبت]

(المبحث الثاني) من المباحث المُتعلِّقة بتلك القاعدة: (إنما تُعتبَر العادةُ إذا اطَّردت)، بأن تكون كُلِّيَّة، (أو غلَبت)، بأن تكون أكثريَّة.

[فرع: ينصرف البيعُ المُطلَق إلى غالبِ نقدِ البلد]

(ولذا)، أي: لاعتبار الغالب، (قالوا في البيع: لو باع بدراهمَ أو دنانير مطلقًا)، أي: بلا بيانِ صفةٍ ولا إشارةٍ، وأما بيانُ العدد فلا بد منه، (وكانا)، أي: الدراهمُ والدنانيرُ، أو العاقدان، (في بلدٍ اختلفت فيها النقودُ) التي يُطلَق عليها اسمُ الدراهم أو الدنانير، فإما أن تَتساوَى تلك النقودُ في الرَّوَاج والمالية، أو تَختلِف في كلٍّ منهما، أو في الأول، لا الثاني، أو بالعكس. فإن كان الأوَّلُ: فلا نزاعَ فيه، ولا كلامَ في صحته، «وإن كان الرابعُ[1]: فسَد البيع؛ لتأديته إلى المُنازَعة ما لم يُبيِّنْ المشتري أحدَ النقود في المجلس، ويرضَى به البائعُ؛ لارتفاعِ المُفسِد قبل تقرُّره»، انتهى، «در منتقى»[2].

وإن كان الثاني أو الثالث: يُحمَل على الأَرْوَج، كما أشار إلى الأوَّل منهما بقوله:

(مع الاختلاف في المالية)، أي: القيمة، (و)مع الاختلاف (في الرَّوَاج)، أي: الرغبة إليها في التعامُل، (انصرَف البيعُ) المُطلَقُ (إلى الأغلب) في البلد.

(قال في «الهداية») تعليلا لقوله: «ومن أطلقَ الثمنَ في البيع كان على غالب نقدِ البلد»؛ (لأنه)، أي: الغالب، (هو المُتعارَف[3]) في البلد، (فينصرِف) البيعُ (المُطلَقُ إليه)، أي: الغالب.

---

(١) بأن استوى رواجها، لا ماليتها.

(٢) «الدر المنتقى»، كتاب البيوع (٣/ ١٤).

(٣) «الهداية» مع «فتح القدير»، كتاب البيوع (٦/ ٢٦٢).

وهذا في البيع، «وكذا بدلُ الصُّلح والأجرة. وأما الدعوى والإقرار، فيُشتَرط البيان. وفي المهر يُنظَر إلى مثلها. وبقِي الخُلعُ والوقفُ، قال في «البحر»: وينبغي أن يستحقَّ الأقلّ[١]، وقيَّده في «النهر» بما إذا لم يُعرَف عُرفُ الواقف[٢]»، «در منتقى»[٣].

[فرع: الأجلُ في الثمن على المُتعارَف عند عدم التصريح بحُلول أو تأجيلٍ]

(ومنها)، أي: فروع اعتبار العادة، (لو باع التاجرُ في السُّوق شيئًا بثمَنٍ) معلوم، (و)لكن (لم يُصرِّحا بحُلولٍ ولا تأجيلٍ فيه، وكان المُتعارَفُ بينهم أن البائع يأخُذ كلَّ جُمعةٍ قدرًا معلومًا) من الثمن: (انصرَف) البيعُ (إليه)، أي: إلى ذلك المُتعارَف، (بلا حاجةٍ إلى البيان)، أي: بيان الحلول والتأجيل.

(قالوا) في تعليل الانصراف إلى المُتعارَف بلا حاجةٍ إلى البيان: (لأن المعروف كالمشروط، ولكن إذا باعَه)، أي: الشيءَ الذي انصرف بيعُه إلى المُتعارَف، (المُشتري) المذكورُ (توليةً)، أي: بلا زيادةٍ ولا نقصان في الثمن الذي اشتراه به، أو مُرابَحةً بزيادة رِبْح، (ولم يُبيِّن) المشتري (التقسيطَ)، أي: التأجيل المُتعارَف الذي كان في شرائه، (هل يكون للمشتري الثاني الخِيارُ)، أي: خيارُ الفسخ، كما يكون مُخيَّرًا إذا كان الأجلُ مشروطًا في العقد؟ (فمنهم من أثبَته)، أي: الخيارَ فيه أيضًا، (والجمهور على أنه بيعُ مُرابَحة) وتوليةٍ (بلا بيانٍ) للتقسيط المذكور (لكونِه)، أي: الثمن، (حالًا بالعقد)، وإن سامَحه البائعُ، واستَوفَى منه الثمنَ مُنجَّمًا، (ذكَره الزيلعيُّ) في باب التولية من البيوع[٤].

---

(١) انظر: «البحر الرائق»، كتاب البيع، مسائل متعلقة بالثمن (٥/ ٣٠٥).

(٢) انظر: «النهر الفائق»، كتاب البيوع (٣/ ٣٤٦).

(٣) «الدر المنتقى»، كتاب البيوع (٣/ ١٤ ـ ١٥).

(٤) انظر: «تبيين الحقائق»، كتاب البيوع، آخر باب التولية (٤/ ٧٩).

=

[فرع: الحِبْر، والخَيط والإبرة،
والكُحْل على الكاتِب والخيَّاط والكَحَّال]

(ومنها: في استئجار الكاتب، قالوا: الحِبْر)، بكسر الحاء، المِدادُ الذي يُكتَب به، (عليه)، أي: الكاتب، (و)في استئجار (الخيَّاط، قالوا: الخَيطُ والإِبْرة عليه)، أي: الخيَّاط؛ عمَلًا بالعُرف. (وينبغي أن يكون الكُحْلُ على الكَحَّال) عند استئجاره؛ (للعُرف) على ذلك.

[فرع: نفقةُ العبد وعلَفُ الدَّابَّة على الآجِر]

(ومن هذا القَبيل: طعامُ العبد) المُستأجَر، ولو مُيَاوَمَةً[1]، (فإنه على المُستأجِر)، يعني: للعُرف، (بخلاف علَف الدَّابَّة، فإنه على المُؤجِّر، فلو شُرِط على المُستأجِر: فسَدت الإجارةُ، كما في «البزازية»[2]).

والذي في «الخلاصة» و«البزازية»: «ونفقة العبد وعلَف الدَّابَّة على الآجِر»[3]، انتهى. فما نقله عن «البزازية» فيه ما فيه.

= وفي هامش (ع) و(ب): (قال شيخنا: ينبغي أن يقيد بما إذا اشتراه بثمن مثله، بخلاف ما إذا زيد في ثمنه لأجل ما هو متعارف من كون الثمن مقسطا، فإنه يلزمه البيان، حتى لو لم يبين يثبت للمشتري الخيار، وبهذا يحصل التوفيق، انتهى، فليراجع).

(١) أي: عامله أو استأجره باليوم. انظر: «المعجم الوسيط» (٢/ ١٠٦٧).

(٢) انظر: «الفتاوى البزازية»، كتاب الإجارات، الفصل التاسع فيما على الآجر والمستأجر، مسائل الإجارة على الشرط (٥/ ١٢١).

(٣) «خلاصة الفتاوى»، كتاب الإجارات، الفصل التاسع فيما على الآجر وفيما على المستأجر (٣/ ١٤٩)، و«الفتاوى البزازية»، كتاب الإجارات، الفصل التاسع فيما على الآجر والمستأجر (٥/ ١١٨).

[فرع: يجوز استئجارُ الظِّئْر بطعامها وكِسْوتها]

(بخلاف استئجار الظِّئْر بطعامها وكِسْوتها، فإنه جائزٌ وإن كان مجهولًا؛ للعُرف). «وإن لم يُشترط طعامُها وكِسوتُها على المستأجِر في العقد فهما على الظِّئْر نفسِها»، «خلاصة»[1].

(وفُرِّع على أن علَف الدَّابَّة على مالكها دون المُستأجِر: أن المُستأجِر لو تركها بلا علَفٍ حتى ماتت: لا يضمن)؛ لأنه ليس عليه، (كما في «البزازية»[2]).

[فرع: أخذُ الإمام أو المُؤذِّنِ ما بقِي من الشَّمَع المُحترق]

(ومنها: ما في آخر وقف «القنية»: بعث شمَعًا في شهر رمضانَ إلى المسجد، فاحترق، وبقِي منه)، أي: الشمع، (ثُلُثُه أو دونه: ليس للإمام ولا للمُؤذِّن أن يأخُذَ) الباقي من الشَّمَع (من غير إذنِ الدافع، لكن لو كان العُرفُ في ذلك الموضع أن الإمام والمُؤذِّنَ يأخُذه من غير صريح الإذن: فله ذلك، انتهى)كلامُ «القنية».

[فرع: أيام البَطالة في المَدارس]

(ومنها: البطالة)، أي: أيام البطالة، (في المدارس، كأيَّام الأعياد، ويومِ عاشُوراء، وشهرِ رمضان في دُروس الفقه، لم أرَها صريحةً في كلامهم).

وفي «حاوي القنية»: «إذا قدَّر الواقفُ للمُدرِّس لكلِّ يوم مَبلغًا، ولم يُدرِّس بعضَ يومٍ في كلِّ أُسبوع قائلا: إن يوم الجُمُعة أو الثُّلاثاء لهما حرمةٌ[3]: لا يحِلُّ له أن يأخذ

---

(١) انظر: «خلاصة الفتاوى»، كتاب الإجارات، الفصل التاسع فيما على الآجر (٣/ ١٤٨).

(٢) انظر: «الفتاوى البزازية»، كتاب الإجارات، الفصل التاسع فيما على الآجر والمستأجر، مسائل الإجارة على الشرط (٥/ ١٢١).

(٣) كذا في (خ). وفي (ظ): (لا حرمة لهما). وفي (ع) و(ب): (حرمة لهما).

ما قُدِّر فيهما من أجرة، فتُصرَف أجرةُ هذَين اليومَين إلى مَصارِف المدرسة من المَرَمَّة وغيرها، بخلاف ما إذا لم يُقدِّر لكلِّ يوم مَبلغًا، حيث يحِلُّ له ذلك وإن لم يُدرِّس فيها؛ للعُرف، بخلاف غيرهما من أيام الأسبوع، حيث لا يحِلُّ له أن يأخُذ أجرةَ يومٍ لم يُدرِّس فيه، وإن لم يُقدِّر أجرتَه؛ لعدم العُرف»، انتهى. فقد صرَّح بالمسألة.

وفي «الذخيرة»: «ومَن أخذ [الأجرَ] من طلبة العلم في يوم لا درسَ فيه: أرجُو أن يكون جائزًا»[1]، انتهى، «أي: إذا كان مُشتغِلا بالكتابة[2] والتدريس»، «تاتارخانية»[3].

قال المُصنِّف بحثًا منه غيرَ مُوافِقٍ للمنقول: **(والمسألةُ)، أي: مسألة البطالة، (على وجهَين: فإن كانت البطالةُ مشروطةً في الوقف: لم يسقُط من المعلوم شيءٌ في مُقابَلتها، وإلا) تكُن مشروطةً في الوقف: (فينبغي أن تُلحَق ببطالة القاضي، وقد اختلفوا في أخذ القاضي ما رُتِّب له من بيت المال في يوم بطالته، فقال في «المحيط»: إنه يأخُذ يومَ البطالة؛ لأنه يستريح لليوم الثاني، وقيل: لا يأخُذ، انتهى) كلامُ «المحيط».**

---

(١) انظر: «الذخيرة البرهانية»، كتاب الوقف، الفصل العاشر في اعتبار الصفة التي شرط الواقف في الموقوف عليه (٨/ ٤٦٢).

(٢) في هامش (خ): (قوله: مشتغلا بالكتابة. قال شيخنا: يريد بالكتابة التأليف أو الكتابة على هامش النسخة، لا الكتابة بالأجرة، فليراجع، انتهى. أقول: صرح به أبو السعود، حيث قال بعد كلام: أما الكتابة المجردة عن ما ذكرناه، كالاستكتاب المعهود بالأجرة، فلا، انتهى، أي: فلا يستحق المشروط في الوقف).

(٣) انظر: «الفتاوى التاتارخانية»، كتاب الوقف، الفصل الثامن عشر في الرجل يقف على جماعة ثم يستثنى بعضهم بصفة خاصة (٨/ ١٣٤).

(وفي «المُنية»: القاضي يَستحِقُّ الكفايةَ في بيت المال في يوم البطالة في الأصحِّ، واختاره في «منظومة ابن وهبان»، وقال: «إنه الأظهر»[(١)]، فينبغي أن يكون الحكمُ كذلك للمُدرِّس؛ لأن يومَ البطالة للاستراحة، وفي الحقيقة تكون للمُطالَعة والتحرير عند ذي الهِمَّة).

وهذا البحث الذي ذكره يُفيد جوازَ الأخذ؛ لما في البطالة من مَصلحة الاستراحة والتحرير، لا لكونها عُرفًا، والكلامُ فيه، ويُفيد جوازَ الأخذ مُطلقًا، قرَّر الواقفُ لكل يومٍ مبلغًا أو لا، وفيه كلامُ «الحاوي» المُتقدِّم.

(ولكن تعارَف الفقهاءُ في زمانِنا بطالةً طويلةً أدَّت إلى أن صار الغالبُ البطالةَ، وأيامُ التدريس قليلةٌ)، يعني: ومثلُ هذه البطالة ـ وإن تعارَفوها ـ مما لا مَساغَ فيه؛ لكونها مُنافيةً لغرض الواقف.

(وبعضُ المُدرِّسين في المسجد يتقدَّم في أخذ المعلوم)، أي: الوظيفة، على غيره من المُرتزِقة (مُحتجًّا بأن المُدرِّس من الشعائر)، والمرادُ به: المُقدَّم بعد العِمارة، كما هو مُصطلَحُ القاهرة، (مُستدِلًّا) على كونه من الشعائر (بما في «الحاوي القُدْسي») حيث قال: «والذي يُبدأ به من ارتفاع الوقف عِمارتُه شرَط الواقفُ أولا، ثم ما هو أقربُ إلى العمارة وأعمُّ للمصلحة، كالإمام للمسجد، والمُدرِّس للمدرسة، يصرف إليهم إلى قدر كفايتهم، ثم السِّراج والبساط كذلك إلى آخر المصالح»[(٢)]، انتهى.

(مع أن ما في «الحاوي» إنما هو في المُدرِّس للمدرسة، لا في كل مُدرِّس. فخرَج) عن هذا الحكم (مُدرِّسُ المسجد، كما هو في مصر) القاهرة.

---

(١) انظر: «شرح المنظومة الوهبانية»، فصل من كتاب أدب القاضي (١/ ٢٨٨).

(٢) «الحاوي القدسي»، كتاب الوقف، فصل: ولا يباع الوقف (١/ ٥٥٠).

(والفرقُ بينهما)، أي: بين مُدرِّس المدرسة، وبين مُـدرِّس المسجد، (أن المدرسة تتعطَّل إذا غاب المُدرِّس بحيث تُقفَل) ولا تُفتَح أصلا، وليس هذا في كل مدرسة؛ إذ المدرسة التي فيها الحُجُراتُ لطلَبة العلم لا تُقفَل بغَيبة المُدرِّس، كما في مدارس الرُّوم وبعضِ مدارس الشام، إلا أن يُحمَل القُفلُ والتعطيل لموضع التدريس، وهذا بخلاف المسجد، فإنه لا يتعطَّل بغَيبة المُدرِّس.

«وتعقَّبه الشُّرنبُلالي في «شرح الوهبانية» بأن تعليلهم بتعطيل كلِّ الطلَبة يعُمُّ مُدرِّسَ المدرسةِ والجامع، فتأمَّل.

وفي «القنية»: فقيهٌ يُدرِّس بعضَ النَّهار في مدرسةٍ، وبعضَه في مدرسة أخرى، ولم يُعلَم شرطُ الواقف: يستحِقُّ غلَّةَ الدرس في المدرسَتَين. ولو كان يُدرِّس بعضَ الأيام في هذه المدرسة، وبعضَها في الأُخرى: لا يستحِقُّ غلَّتَهما بتمامها. وحكمُ المُدرِّس والمُتعلِّم في المسألتَين سواءٌ. ولا يجوز أخذُ غلَّة المدرسة حتى يكون سُكناه فيها أكثرَ مما في داره، وأكثرُ ثَقَلِه[1] فيها، انتهى.

وقالوا: لو غاب عن مدرسته مَسيرةَ ثلاثةِ أيام سقَط استحقاقُه، وكذا لو خرج للرُّستاق خمسةَ عشر يوما، فلو دونها: يُغتفَر. ولو اشتغل بغير العلم، أو غاب فوقَ ثلاثة أشهُر: جاز لغيره أخذُ حُجْرته ووظيفتِه.

ثم إن ما يأخُذه من المدرسة صِلَةٌ، لا أُجرة؛ لعدم شُروط الإجارة، ولا صدَقة؛ لأن الغنيَّ يأخُذُها، بل إعانةٌ لهم على حَبْس أنفُسِهم للاشتغال، حتى لو لم يحضُروا للدَّرس بسبب اشتغال[2] وتعليقٍ: جاز أخذُهم الجامكية[3].

---

(١) في «الدر المنتقى»: (نقله). ولعل الصواب ما أثبت.

(٢) في (خ): (أشغال).

(٣) الجامكية: لفظ فارسي معرب، وهي رواتب أصحاب الوظائف من الأوقاف. انظر: «معجم لغة

ثم الغَيبةُ المُسقِطة للمعلوم المُقتضيةُ للعَزل: في غير فَرضِ الحجِّ وصِلَة الرَّحِم. أما فيهما، فيأخُذ المعلومَ، ولا يستحِقُّ العَزلَ. وهذا في الحجِّ الفرض، أما النفلُ أو زيارةُ بيت المَقدس: لا يستحق المعلوم، ولم يُصرَّح باستحقاقه العزلَ، كذا في «الدر المنتقى»[(١)].

[فائدة: يسامح إمام المسجد في كل شهر أسبوعا لحوائجه وراحته]

(فائدةٌ) مُناسِبةٌ لهذا المقام: **(نقل في «القنية» أن الإمام للمسجد يُسامَح في كل شهر أُسبوعًا للاستراحة أو لزيارة أهلِه. وعبارتُه)**، أي: كتاب «القنية»، **(في باب الإمامة)** من كتاب الصلاة: **(إمامٌ يترُك الإمامةَ لزيارة أقربائه في الرَّساتيق)**، أي: القُرى، **(أُسبوعًا أو نحوَه)**، ليس في عبارته: كلُّ شهرٍ، كما ترى، قد ادَّعاه المُصنِّف، **(أو)** يترك **(لمُصيبةٍ أو لاستراحة: لا بأسَ به. ومثلُه)**، أي: الترك لما ذكر، **(مَعفُوٌّ عنه في العادة والشرع، انتهى)** كلامُ «القنية». فلا يحرم المَرسُوم المُعيَّن له.

ونقل في «البحر» عن الخصَّاف أنه لا يستحِقُّ شيئًا منه[(٢)].

وفي «أنفع الوسائل»: «مسألة واقعة، وهي أن المُدرِّس، أو المُعِيد[(٣)]، أو الفقيه، أو الإمام أو مَن كان مُباشِرًا شيئًا من وظائف المَدارس، إذا حجَّ، أو مرِض، أو حصَل له ما يُسمُّونه الناسُ عُذرًا شرعيًّا على اصطلاحهم المُتعارَف بين الفقهاء: لا يُحرَم

= الفقهاء» (ص ١٥٨).

(١) «الدر المنتقى»، كتاب الوقف (٢/ ٥٨٩).

(٢) انظر: «البحر الرائق»، كتاب الوقف، جعل الواقف غلة الوقف لنفسه (٥/ ٢٤٨).

(٣) في هامش (خ): (قوله: أو المعيد، بالميم والعين المهملة، ثم الياء المثناة من تحت، هكذا رأيتها في نسختي «أنفع الوسائل»، وهي اسم لوظيفة معلومة في زمنه).

مَرسُومَه المُعيَّنَ له، بل يُصرَف إليه، ولا تُكتب عليه غَيبة. ومُقتضَى ما ذكره الخصَّاف أنه لا يستحِقُّ شيئًا من المعلوم مُدَّةَ ذلك العُذر.

ولو حصَلت بهذا القَيِّم[1] آفةٌ من الآفات، مثل الخَرَس والعَمَى وذهابِ العقل والفالجِ وأشباهِ ذلك، هل يكون له الأُجرة؟ فإن أمكنه معه الكلامُ، والأمرُ والنهي، والأخذُ والإعطاء: فله أجرُه، وإلا فلا.

فالمُدرِّس إذا مرِض، أو الفقيه، أو واحدٌ من أرباب الوظائف بالمدرسة: فإنه ـ على ما قاله الخصَّاف ـ إن كان يُمكنه أن يُباشِر ذلك: استحقَّ، وإلا فلا شيءَ له.

فالخصَّاف جعَل استحقاقَه المعلومَ دائرًا على المُباشَرة وُجودًا وعدَمًا، وهذا هو الفقه، وليس له أن يَستنيبَ عند الخصَّاف مُطلقًا، بعُذْر أو غيرِه»[2]، انتهى.

قال ابن نُجيم عمرُ في «مختصره»[3]: وهذا إذالم يكن شرطٌ، وإلا فيُتبَع.

بقي: عند عدم الشرط والاستحقاق هل تخرج الوظيفة؟ لم أرَ نقلا في المسألة صريحًا، ثم نقل عن «البزازية» أن غيبته إن جاوزت ثلاثة أشهر يحل لغيره أن يأخذ حجرته ووظيفته، وإن اشتغل بشيء كالعلم والكتابة وكان لا يختلف للتعلم، يحل

---

(١) في (خ) و(م): (المعيد). وفي هامش (م): (لعله القيم).

(٢) انظر: «أنفع الوسائل»، المسألة السادسة عشرة: إذا شرط الواقف في كتاب وقفه الولاية لشخص (ص ٢٦٧ـ٢٦٨).

(٣) في هامش (خ) و(م): (قوله: في «مختصره»، أي: «إجابة السائل»، ونصه: قلت: وكذلك كل من أمكنه القيام بوظيفته مع المرض، إلا أن ذلك ينبغي أن يقيد بما إذا لم يكن ثم شرط. أما إذا كان هناك شرط، كاشتراط بعض الواقفين المسامحة في الحج الفرض أو صلة الرحم مثلا، فيتبع، صرح بذلك ابن الشحنة، انتهى).

له الوظيفة[١]. وهذا، كما ترَى، غيرُ مُقيَّدٍ بخُروجٍ لا بدَّ منه، والظاهر تقييدُه به.

وما ذكره في «أنفع الوسائل» نقلا عن الخصَّاف بمنع الاستنابة ردَّه في «البحر»، فإن الخصاف جوَّز التوكيلَ للقيِّم. وفي «الخلاصة»: يجوز للإمام أن يستنيبَ[٢].

وهل يجوز الاستنابةُ في غير هذه الوظائف؟ لم أرَه، لكن في «الفتاوى التاجية» ما يفيد الجوازَ، فتأمل.

[فرع: هل يجوز تدريس المُصطلَح في المدارس الموقوفة على درس الحديث؟]

(ومنها: المدارس الموقوفة على دَرْس الحديث، ولا يُعلَم مرادُ الواقف فيها؟ هل يُدرَّسُ فيها) علمُ (أُصول الحديث الذي هو المُصطلَح)، أي: مُصطلَح المُحدِّثين من التواتُر، والشُّهرة، والإرسال، والانقطاع، والصِّحَّة، والضعف، والحسن إلى غير ذلك مما هو مذكورٌ في تصانيفه، (كـ «مختصر ابن الصلاح»، أو) هل (يُقرَأ متن الحديث، كـ «البخاري» و«مسلم» ونحوهما، ويُتكلَّم على ما في الحديث من فقهٍ وغريبٍ ولُغةٍ ومُشكِلٍ واختلافٍ، كما هو عُرْفُ الناس الآن؟) فتلك المدارسُ يُعتبَر فيها العُرفُ حيث لم يُعلَم مرادُ الواقف فيها.

---

(١) انظر: «الفتاوى البزازية»، كتاب الوقف، الفصل الثالث في صحته وفساده، نوع في ألفاظ جارية في الوقف (٦/ ٢٦٤).

(٢) انظر: «البحر الرائق»، كتاب الوقف، جعل الواقف غلة الوقف لنفسه (٥/ ٢٤٩). قال فيه: «ثم رأيت في «الخلاصة» من كتاب القضاء أن الإمام يجوز استخلافه بلا إذن، بخلاف القاضي».
وعبارة «خلاصة الفتاوى»، كتاب القضاء، الفصل الرابع فيما يتعلق بقضاء القاضي، جنس آخر في إمضاء قضاء آخر (٤/ ٢٨): «القاضي إذا لم يكن مأذونا بالاستخلاف: ليس له ولاية الاستخلاف، بخلاف إمام الجامع، فإن له أن يستخلف، وإن لم يكن في منشور الإمامة الاستخلاف».

(قال الجلالُ الأَسيوطيُّ: وهو)، أي: عُرف الناس الآن، (شرطُ المدرسة الشَّيخُونية) في مصر، (كما رأيتُه في شرطِ واقفِها. قال: وقد سأل شيخُ الإسلام أبو الفضل) أحمد (بن حجَر شيخَه الحافظَ) عبدَ الرحيم (العِراقيَّ عن ذلك) الشرط، (فأجاب) العِراقيُّ (بأن الظاهرَ اتِّباعُ شروطِ الواقِفين، فإنهم يختلِفون في الشرط، وكذلك اصطلاحُ كلِّ بلَد). وهذا مبنيٌّ على جواز بناءِ الأحكام على العُرف الخاصِّ، وسيأتي أنه خلافُ المذهب.

(فإنَّ أهلَ الشام يُلقُون دُروسَ الحديث بالسماع[1]، ويتكلم المدرس في بعض الأوقات[2]، بخلاف المصرِيِّين، فإن العادة جرَتْ بينهم في هذه الأعصار بالجمع بين الأمرَين بحسَب ما يُقرأ فيها من الحديث[3]).

والذي رأيناه الآن من مشايخنا المصريين في إقرائهم الحديثَ كالشاميين، فانقلَبت عادتُهم الآن.

[فصلٌ في تعارُض العُرْف مع الشَّرع]

(فصلٌ في تعارُض العُرف)، أي: المعنى العُرفي، (مع الشَّرع)، أي: المعنى الشرعي، في أن يكون مرادًا من اللفظ.

(فإن تعارَضَا) كذلك، ولم يَنْوِ أحدَهما: (قُدِّم عُرفُ الاستعمال) على عُرف الشرع، (خُصوصًا في الأيمان)، فإنها مَبنِيَّة على العُرف لا مَحالة.

---

(١) في النسخ: (كالسماع). ولا يستقيم به المعنى.

(٢) قوله: (بالسماع، ويتكلم في بعض الأوقات) في (خ) و(م). وليس قوله: (ويتكلم في بعض الأوقات)، في (ع). وفي «الأشباه» للسيوطي: «كالشيخ المدرس في بعض الأوقات». والله أعلم.

(٣) انظر: «الأشباه والنظائر» للسيوطي، القاعدة السادسة، المبحث الثاني، فصل في تعارض العرف مع الشرع (ص ٩٣).

[حلف: لا يجلِس على الفِراش أو البِساط، أو لا يَستضِيءُ بالسِّراج]

(فإذا حلَف: لا يجلِسُ على الفِراش، أو على البِساط، أو لا يَستضِيءُ بالسِّراج: لا يحنث بجُلوسه على الأرض) في الأوَّلَين؛ فإنَّ الأرضَ لا تُسمَّى فِراشًا ولا بِساطًا في العُرف، (و)كذا (لا) يحنث (بالاستضاءة بالشمس) في الثالث؛ لعدم تسميتها سِراجًا عُرفًا (وإن سَمَّاها)، أي: الأرض، (اللهُ تعالى فِراشًا) في قوله سبحانه: ﴿ٱلَّذِى جَعَلَ لَكُمُ ٱلْأَرْضَ فِرَٰشًا﴾ [البقرة: ٢٢]، (وبِساطًا) في قوله: ﴿وَٱللَّهُ جَعَلَ لَكُمُ ٱلْأَرْضَ بِسَاطًا﴾ [نوح: ١٩]، (و)إن (سمَّى) اللهُ تعالى (الشمسَ سِراجًا) في قوله: ﴿وَجَعَلَ ٱلشَّمْسَ سِرَاجًا﴾ [نوح: ١٦].

[حلف: لا يأكُل لحمًا، لا يحنث بالسَّمك]

(ولـو حلف: لا يأكُل لَحمًا، لم يحنَثْ بأكلِ السَّمك) إن لم يكـن لـه نِيَّةٌ؛ (لعدم تسميته لَحمًا عُرفًا، وإن سمَّاه الله تعالى لحمًا في القرآن)، قـال تعالى: ﴿وَهُوَ ٱلَّذِى سَخَّرَ ٱلْبَحْرَ لِتَأْكُلُوا۟ مِنْهُ لَحْمًا طَرِيًّا﴾ [النحل: ١٤]. قال البيضاوي: «هو السمك، وصفَه بالطَّراوَة لأنه أرطبُ اللُّحوم[1]، فيَسرَعُ إليه الفسادُ، فيُسارَعُ إلى أكله، ولإظهار قُدرته[2]»...

---

(١) في هامش (خ): (وصفه بالطراوة؛ لأنه أرطب اللحوم، والرطوبة مستعدة للتغير، فلذا كان سريع الفساد والاستحالة. وقوله: فيسارع إلى أكله، إشارة إلى أنه ينبغي تناوله طريا من ساعته. وقد قال الأطباء: إن تناوله بعد طراوته من أضر الأشياء، وهذا لا ينافي تقديده وأكله مخللا، كما توهم، «شهاب» محشي «البيضاوي»).

(٢) في هامش (خ): (قوله: ولإظهار قدرته، الضمير للمولى جلت قدرته. قال الخازن: وفي ذكر الطري مزيد فائدة دالة على كمال قدرة الله تعالى، وذلك أن السمك لو كان كله مالحا لما عرف به من قدرة الله تعالى ما يعرف بالطري؛ لأنه لما خرج من البحر المالح الزعاق الحيوانُ الطري الذي لحمه في غاية العذوبة: علم أنه إنما حدث بقدرة الله وخلقه لا بحسب الطبع، وعلم بذلك أن الله قادر على إخراج الضد من الضد، انتهى).

في خلقِه عَذْبًا طرِيًّا في ماء زُعاق[١]»[٢].

[حلَف: لا يأكُل لحمًا، فأكَل الرُّؤوسَ والأكارِع]

وهل يحنَث بالرُّؤوس والأكارِع في حَلْفه: لا يأكُل لحمًا؟ ففي «البحر» عن «الخانية»: «يحنَث بالأكل، لا بالشراء»[٣]، فلو حلف: لا يأكُل لحمًا، حنَث بأكلِهما، ولو حلف: لا يشتري لحمًا، لا يحنَث بشرائهما.

[حلف: لا يركب دابة، فركب كافرًا]

(ولو حلف: لا يركَب دابَّةً، فركِب كافِرًا[٤]: لم يحنَث) إن لم يكن له نيةٌ؛ لأن الكافر لا يُسمَّى دابَّةً عُرفًا، (وإن سمَّاه الله تعالى دابَّةً في القُرآن)، قال تعالى: ﴿إِنَّ شَرَّ ٱلدَّوَآبِّ عِندَ ٱللَّهِ ٱلَّذِينَ كَفَرُواْ فَهُمۡ لَا يُؤۡمِنُونَ﴾ [الأنفال: ٥٥].

[حلف: لا يجلِس تحت سَقْفٍ، فجلَس تحت السماء]

(ولو حلَف: لا يجلِس تحت سَقْفٍ، فجلَس تحت السماء: لم يحنَث)؛ لعدم تسميتها سَقفًا عُرفًا، (وإن سمَّاها الله تعالى سقفًا) في قوله: ﴿وَجَعَلۡنَا ٱلسَّمَآءَ سَقۡفٗا﴾ [الأنبياء: ٣٢].

---

(١) في هامش (خ): (زعاق: الزعق الصياح، وقد زعق من باب قطع، والماء الزعاق، الملح، كذا في «المختار»، انتهى).

(٢) «أنوار التنزيل وأسرار التأويل»، المعروف بـ«تفسير البيضاوي» (٣/ ٢٢٢).

(٣) انظر: «البحر الرائق»، كتاب الأيمان، باب اليمين في الأكل والشرب واللبس (٤/ ٣٤٨)، و«فتاوى قاضي خان»، كتاب الأيمان، فصل في الأكل (٢/ ٥٧).

(٤) في هامش (ع) و(م) و(ب): (وتخصيص الكافر للشرع، وإلا فلو ركب مسلما: لا يحنث أيضا، انتهى).

[مسائل مُستثناة يُقدَّم فيها الشَّرع على العُرف]

(إلا في مسائل)، استثناءٌ من قوله: «قُدِّم عُرفُ الاستعمال»، (فيُقدَّم فيها الشرعُ على العُرف):

[الأُولى: حلف: لا يُصلِّي، لا يحنَث بصلاة الجنازة]

(الأُولى) منها: (لو حلف) على (أنه لا يُصلِّي: لم يحنَث بصلاة الجنازة، كما في عامَّة الكُتب). والمذكور في عامَّتها: حلَف: لا يَؤُمُّ أحدًا، فأمَّ في صلاة الجنازة أو سجدة التِّلاوة: لا يحنث؛ لأن يمينه انصرَفت إلى الصلاة المُطلَقة.

وما ذكَره، وإن كان مُستفادًا مما ذكروه، حيث أرادُوا: انصرَفت يمينُه إلى الصلاة، أي: في عُرف الشرع، لكن كونه مما تَرجَّح فيه المعنى الشرعيُّ على المعنى العُرفي محلُّ تأمُّل.

[الثانية: حلف: لا يصوم، لا يحنث بمُطلَق الإمساك]

(الثانية) منها: (لو حلف: لا يصوم، لم يحنَث بمُطلَق الإمساك) الذي هو عُرف الاستعمال واللغة، قال أبو عُبَيدة: كلُّ مُمْسِكٍ عن كلامٍ أو شَرابٍ أو طعامٍ أو غيرها فهو صائمٌ؛ لعدم تحقُّق المعنى الشرعيِّ فيه، (وإنما يحنَث بصوم ساعةٍ بعد طُلوع الفجر بنِيَّة من أهله)، لكنه إنما يثبُت مُدَّعاه لو تحقَّق العُرفِيُّ فيه، وهو غيرُ ثابت، بل الثابت تحقُّقُ معناه اللُّغوي، إلا أن يقال: عُرف الاستعمال مُوافِقٌ لعُرف اللغة.

[الثالثة: حلف: لا ينكِح فلانة، حنَث بالعقد]

(الثالثة) منها: (لو حلف: لا ينكِح فلانة، لأَجنبِيَّة: حنَث بالعقد؛ لأنه)، أي: العقد، (النكاحُ شرعًا، لا) يحنث (بالوطء، كما في «كشف الأسرار»[1]، بخلاف: لا

(١) انظر: «كشف الأسرار»، باب أحكام حقيقة المجاز والصريح والكناية، باب أحكام الحقيقة والمجاز والصريح والكناية، إذا كانت الحقيقة متعذرة أو مهجورة صير إلى المجاز (٢/ ٨٨).

ينكح زوجتَه) أو أمَتَه، (فإنه للوَطْء)، حتى لو أبان زوجتَه، أو أعتَق أمَتَه، ثم تزوَّجها: لم يحنث.

لكن قد تقدم في ذيل «الأصل في الكلام الحقيقة» أن النكاح حقيقةٌ في الوطء. وقال في «البحر» بعد أن ذكر أن النكاح حقيقةٌ في الوطءِ عندنا، وفي العقد عند الشافعي: «وتفرَّع على أصلنا: ما لو قال لامرأته: إن نكحتُكِ فأنتِ طالق، فإنه للوطء، فلو أبانَها ثم تزوَّجها: لم يحنث. ولا يرد علينا ما لو قال لأجنبيَّةٍ ذلك، فإنه للعقد؛ لتعذُّر الوطء شرعًا، فكانت حقيقةً مهجورةً، كما في «الكشف»»[1]، انتهى.

فكونُه للعقد في الأجنبية ليس لكونِ النكاح حقيقةً شرعِيَّةً في العقد، حتى يَتِمَّ ما ذكَره من ترجيح معناه الشرعيِّ هنا، بل لأن اليمين المذكورة لما كان للمَنْع، والوطءُ لا حاجة للمَنع عنه لكونه ممنوعًا شرعًا: حُمِل النكاحُ على العقد. فكلامُ المُصنِّف مع كونه مُخالفًا لما ذكره في الموضعَين المذكورَين غيرُ تامٍّ في نفسه.

[الرابعة: قال: إن رأيتِ الهلالَ فأنتِ طالقٌ، فعلِمت الهلالَ من غير رُؤية]

(الرابعة) منها: (لو قال لها)، أي: لزوجته، (إن رأيتِ الهلالَ فأنتِ طالقٌ، فعلِمتْ الهلالَ من غير رُؤية: ينبغي أن يقعَ الطلاقُ[2]؛ لكون الشارع استعمَل الرُّؤيةَ فيه)، أي: الهلال، (بمعنى العلم في قوله عليه الصلاة والسلام: «صُومُوا لرُؤيته»)، تمامُه: «وأفطِرُوا لرُؤيته، فإن غُمَّ عليكم الهلالُ: فأكمِلُوا شعبانَ ثلاثين يومًا»[3].

---

(١) «البحر الرائق»، كتاب النكاح (٣/ ٨٢).

(٢) في هامش (خ): (قوله: ينبغي أن يقع الطلاق. هذا بحث مخالف للمنقول عن أبي حنيفة، كما يأتي بيانه في «الشرح»).

(٣) رواه بنحوه البخاري في «صحيحه»، كتاب الصوم، باب قول النبي ﷺ: «إذا رأيتم الهلال فصوموا» برقم (١٩٠٩).

والاستدلالُ بهذا الحديث إنما يَتِمُّ أن لو كانت الرُّؤيةُ فيه بمعنى العلم، وهو غيرُ مُسلَّم؛ لجواز أن يكون المعنى: لثُبوته بإبصار بعضِكم إياه، ولو سُلِّم: فلا يلزم أن يكون جميعُ الرُّؤية المُتعلِّقة بالهلال بمعنى العلم، على أنه لا داعِيَ فيه إلى الخُروج عن قاعدة «**الأيمان مَبنيَّةٌ على العُرف**»، مع أن العُرف فيه أن الرُّؤية بمعنى الإبصار.

ونقل المُحشِّي عن بعض المُحقِّقين «أن هذه المسألة مذكورةٌ في «قواعد» العِزِّ بن عبدِ السلام، وأن الرُّؤيةَ المُعلَّق عليها طلاقُها بمعنى العلم عند الشافعي، وبمعنى الإبصار عند أبي حنيفة، واستدل[1] لإمامه بأنه قد يقال: رأينا الهلالَ، وأن هذا القول صحيحٌ، وإن لم يَرَه[2] كلُّهم، فلو لم تكن الرُّؤيةُ فيه بمعنى العلم لما صحَّ هذا القول. ومنَع الملازمة بأنا لا نُسلِّم أن الرُّؤية فيه لو لم تكُن بمعنى العلم لما صحَّ هذا القول؛ لأن «رأينا» مجازٌ من نسبة فعل البعض إلى الكل، ولا كذلك في المسألة، فإن المُعلَّق عليه فيها نفسُ رؤيتها وحدها، وهي واحدةٌ، فلا يُنسَب إليها ما وُجد في غيرها، فالاستدلالُ[3] بنوعٍ آخَر من المجاز لا يُوافقه ولا يُناسبه[4].

وقال الحَصِيري في «التحرير»: حلف: لا يَرَى هلالَ كذا بالكوفة، فكان بها ولم يَرَ الهلالَ: حنث؛ لأنه عبارةٌ عن الكَينونة في ذلك الوقت، ولو نوى حقيقةَ الرُّؤية يُصدَّق؛ لأنه حقيقةٌ غيرُ مهجورةٍ، انتهى»[5].

---

(١) أي: العز ابن عبد السلام.

(٢) في (خ) و(م): (ير). والمثبت من «غمز العيون».

(٣) في هامش (خ): (فالاستدلال... إلخ. عبارة «أبي السعود»: واستدل الإمام الشافعي بنوع آخر من المجاز لا يناسب محل النزاع أيضا، ولا يوافقه. وقد كفانا ابن عبد السلام مؤنة رد ما قاله الإمام الشافعي، انتهت، فتأمل فيها مع تفريع الشارح، إنه يرى منها أن كلام الشارح فيه سقط، والله أعلم).

(٤) انظر: «قواعد الأحكام في مصالح الأنام» لابن عبد السلام (٢/ ١٢٤ـ ١٢٥).

(٥) انظر: «غمز العيون» (١/ ٣٠٣ـ ٣٠٤).

فيُعلَم منه[١] أنه في هذه المسألة تطلُق وإن لم تَرَ، ما لم يَنْوِ حقيقةَ الرُّؤية، لا لأن الرُّؤية فيها بمعنى العلم، بل لأن المراد أن لا تكون في عِصمته في ذلك الوقت. فقد وافَق المُصنِّف في الحكم وإن لم يَهتدِ إلى العِلَّة.

[خُصوص اللفظ بحسَب الشَّرْع مُقدَّمٌ على عُموم اللفظ]

(فلو كان الشرعُ يقتضي الخُصوصَ، واللفظُ يقتضِي العُمومَ: اعتبرنا خُصوصَ الشرع)، يعني: أن المعنى الشرعيَّ كما أنه يَترجَّح على العُرفي فيما ذُكر من المسائل، كذلك يَترجَّح على عُموم اللفظ.

ولا يَرِدُ ما تقرَّر أن المَورِد إذا كان خاصًّا، واللفظ عامًّا: فالعِبرةُ لعُموم اللفظ، لا لخُصوص المَورِد عندنا. قلنا: الكلام في خصوص اللفظ بحسَب الشرع، لا في خصوص المَورِد.

[فرع: لا يدخُل الوارث في الوصيَّة للأقارب باعتبار خُصوص الشرع]

وقد أشار إلى التمثيل بقوله: (قالوا: لو أوصَى لأقاربِه)، أي: أقارب نفسه[٢]، بأن قال: أوصَيتُ لأقاربي أو ذي قرابتي بكذا: (لا يدخُل الوارِثُ باعتبار خُصوص الشرع)؛ لأن الشارع خصَّ الأقاربَ في الوصية بغير الوارث لقوله عليه السلام: «لا وصِيَّةَ لوارِثٍ»[٣]، (ولا يدخُل الوالِدُ والولدُ في الأقارب؛ للعُرف)، يعني: أن لفظ الأقارب وإن كان بعُمومه يقتضي دُخول الوارث والولد والوالد، إلا أن الشرع اقتضى

---

(١) في هامش (خ): (قوله: فيعلم منه... إلخ، هذا مخالف لما في «أبي السعود»، حيث قال: إن رؤية الهلال في مسألة الحصيري محمولة على المعنى المجازي، لكون المحلوف عليه كينونته بالكوفة ومكثه بها... إلخ، لعدم وجود الصارف عن إرادة المعنى الحقيقي، فظهر الفرق... إلخ).

(٢) في هامش (ع) و(خ) و(ب): (وأما لو أوصى لأقارب غيره، فيدخُل الوارث، انتهى).

(٣) رواه أبو داود في «سننه»، كتاب الوصايا، باب في الوصية للوارث، برقم (٢٨٧٠).

عدمَ شُموله للوارث للحديث، والعُرفُ اقتضى عدمَ شُموله للوالد والولد؛ لأن «قرابة الوِلاد لا تُسمَّى قرابةً عادةً، ومن سمَّى والدَه قريبًا كان منه عقوقًا؛ إذ القريب في عُرف اللُّغة من يتقرَّب إلى غيره بواسطة غيره، وتقرُّب الوالد والولد بنفسه، لا بغيره، ولذا عطَف القريب على الوالدين في قوله تعالى: ﴿ٱلْوَصِيَّةُ لِلْوَٰلِدَيْنِ وَٱلْأَقْرَبِينَ﴾ [البقرة: ١٨٠]، والعطفُ للمُغايَرة»، «زيلعي»[١].

وهل يدخُل الجَدُّ في الأقارب؟ روايتان، وظاهر الرواية: يدخُل، وكذا الجدَّة وولدُ الولد، «زيلعي»[٢].

وفي «الخانية»: لم يدخُل والدُه وولدُه وجدُّه؛ قال: «أرضي هذه صدقةٌ موقوفةٌ على أقاربي أو ذَوِي قرابتي، قال هلال: يصِحُّ الوقفُ، والذَّكَر والأُنثى سواء، ولا يدخُل فيه والدُ الواقف ولا جدُّه ولا ولدُه»[٣]، انتهى.

[فرعان مخرجان على أن العِبرة لخُصوص الشرع]

(وههنا فرعان مُخرَّجان) على أن اللفظ إذا اقتضى العُمومَ والشَّرعُ الخُصوصَ: فالعبرة للشرع. ولعل تخريجه على ما ذكره في «الكافي»: حلف: لا يأكل لحمًا، فأكل لحمَ إنسانٍ أو خنزير: لا يحنث على المُفتَى به؛ للعُرف، لكن هذا عندهما، وعنده: يحنث؛ لأنه لحمٌ حقيقةً، إلا أنه حرامٌ، قالا: لا يحنث؛ لأن اليمين للمنع، ومنعُ الممنوع لَغْوٌ، فلا يتناوله اللفظُ. ومنه يُعلَم أن الميتة لحمٌ، إلا أنه[٤] لا يتناولها.

(لم أرَهما الآن صريحًا).

---

(١) انظر: «تبيين الحقائق»، كتاب الوصايا باب الوصية للأقارب (٦/ ٢٠١).

(٢) انظر: «تبيين الحقائق» (٦/ ٢٠١).

(٣) «فتاوى قاضي خان»، كتاب الوقف، فصل في الوقف على القرابات (٣/ ٣٢٥-٣٢٦).

(٤) أي: لفظ اللحم. وفي النسخ: (أنها). ولعل الصواب ما أُثبت.

[أحدهما: حلف: لا يأكُل لحمًا، لا يحنَث بأكل الميتة]

(أحدُهما: حلَف: لا يأكُل لحمًا، لا يحنَث بأكل الميتة)؛ لأن اليمين للمنع، والميتةُ ممنوعٌ عن أكلها، ومنعُ الممنوع لغوٌ، فلا يتناولها اللفظُ لحُرمتها. هذا إذا أكَلها في حالة الاختيار. وأما لو أكَلها في الاضطرار: فيحنَث اتفاقًا.

ولو حلَف: لا يأكُل حرامًا، فأكَل ميتةً بعد الاضطرار إلى أكلِها، قال بعضهم: إنه يحنث؛ لأنه حرامٌ إلا أنه رُخِّص في أكلها، وقال بعضهم: لا يحنث؛ لأنه مُستثنًى من الحرام، لكن في «الخانية»: «حلف: لا يأكُل اللحمَ، أيَّ لحمٍ أكَله، حرامًا كان أو حلالا، نيِّئًا كان أو مطبوخًا أو مَشويًّا: حنَث في يمينه، إلا السمك»[1]، انتهى.

وفي «البحر» مُعزيًا إلى «الظهيرية»: «الأشبَه أنه لا يحنث بالنَّيِّء، وفي «فتاوى أبي الليث» عن «العتابي»[2]: أنه لا يحنث بالنَّيِّء، وهو الأظهر»[3]، انتهى.

وفي «الجوهرة»: «وإن حلف: لا يأكُل لحمًا، فأيَّ لحم أكَله من سائر الحيوان غير السَّمَك: فإنه يحنَث، مُحرَّمةً أو مُباحة، مطبوخة أو مَشويَّة، وعلى أيِّ حالٍ أكله، فإن أكَل ميتةً أو لحمَ خِنزير أو لحمَ إنسان: حنَث في جميع ذلك؛ لأنه يُسمَّى لحمًا»[4].

وصرَّح «القهستاني» نقلا عن «الكرماني» بلُزوم الحِنث بالميتة، ومتروكِ

---

(١) «فتاوى قاضي خان»، كتاب الأيمان، فصل في الأكل (٢/ ٥٧).

(٢) كذا في النسخ. وفي «البحر»: (عن أبي بكر الإسكاف).

(٣) انظر: «البحر الرائق»، كتاب الأيمان، باب اليمين في الأكل والشرب واللبس (٤/ ٣٤٨).

(٤) «الجوهرة النيرة»، كتاب الأيمان، قوله: «ومن حلف: لا يأكل لحما» (٢/ ٢٠١).

التسمية، وذبيحة المَجُوسِيِّ، وصيدِ الحرَم، لكون لحمِها لحمًا نشَأ من الدم(١)، قال: «وعليه الفتوى»(٢).

حلف: لا يأكُل من هذا الحمار، يقَع على كِرائه، وفي الكلب لا يقع على صيدِه، وإنما يقع على لحمه؛ لأن الحمار له كِراءٌ، فيقع عليه، بخلاف الكلب، «منح».

[الثاني: حلف: لا يطأ زوجتَه أو أمتَه، لم يحنَثْ بالوطء في الدُّبُر]

(الثاني) من ذَينِك الفرعَين: (حلف: لا يطأ زوجتَه أو أمتَه، لم يحنث بالوطء في الدُّبُر)، كما «لو حلف: لا يزني، فلاطَ: لا يحنث، وهو على الفرج»، «خلاصة»(٣)؛ لأن الوطء في العُرف على الجماع في القُبُل، فلو حلف: لا يُجامِعُها، فأتاها في دُبُرها، فيه قولان، والظاهر الحِنثُ، وكما لو استلقَى فوطِئَتْه لا يحنث؛ لأنه لم يُوجَد الوطء، والفتوى على الحِنث، ولو كان نائمًا لا يحنث.

لكن في «البحر» في فصل الحدود أن «الوطء إدخالُ قدرِ الحشَفة من الذَّكَر في القُبُل أو الدُّبُر»(٤)، فعدمُ الحنث إن كان بناءً على عدم الشُّمول عُرفًا: فقد رأيتَ عبارة «البحر»، وإن كان بناءً على حُرمته: فلا يصِحُّ؛ إذ «الأيمانُ كما تنعقِد على الحلال تنعقِد على الحرام(٥)، منعًا وحَمْلا، وإن وجَب في الحمل الحنثُ في اليمين على الحرام»، كما صرَّح به في «الفتح»(٦)، كذا قيل، فتأمل.

---

(١) أي: صدق عليها تعريف اللحم، فهي لحم حقيقة.

(٢) «جامع الرموز»، كتاب الأيمان، فصل: حلف الفعل (١/ ٦٨٦).

(٣) «خلاصة الفتاوى»، كتاب الأيمان، الفصل الرابع عشر في اليمين في الجماع (٢/ ١٥٩).

(٤) «البحر الرائق»، كتاب الحدود، باب حد الزنا (٥/ ٤).

(٥) في هامش (خ): (قوله: تنعقد على الحرام. على هذا، يحنث بأكل الميتة في الفرع الأول، انتهى).

(٦) «فتح القدير»، كتاب الأيمان، باب اليمين في الأكل والشرب (٥/ ١٢٢).

[حلف: لا يشرَب ماءً، فشرِب ما تغيَّر بغيره، فالعِبرة للغالب]

(وأما لو حلف: لا يشرَب ماءً، فشرِب ما تغيَّر بغيره: فالعبرة للغالب، كما صرَّحُوا به في الرَّضاع)؛ لأن المغلوب كالمُستهلَك في مقابلة الغالب، وإن استويا حنَث استحسانًا.

وهل تُعتبَر الغلَبَةُ بالأجزاء، أو باعتبار اللَّون والطَّعْم؟ ففي «الخانية» عن «الأصل»: «تُعتبَر بالأجزاء، وعند أبي يوسف: تُعتبَر من حيث اللَّون والطَّعم جميعًا، غالبًا كان أو مغلوبًا، وقيام أحدِهما لا يكفي»[1].

«وينبغي أن يُستثنَى من عموم كلامه الماءُ المُستعمَل، فيحنث بشُربه وإن كان غالبًا؛ لحُصول المقصود بشُربه، وهو الرِّيُّ، بخلافه في الوضوء لرفع الحدَث، [بل] وإن كان الكلُّ مُستعمَلا فيحنث [أيضًا][2]»، «شيخنا»[3].

وهل يلزم في الغلَبة اتحادُ الجِنسَين؟ فلو حلف: لا يشرَب لبنَ هذه البقرة، فخلَط لبنَها بلبنِ أُخرى، فعند أبي يوسف: تُعتبَر الغلَبَةُ كمُختلِف الجنس، وعند محمد: يحنث بكل حال؛ لأن الجنس لا يغلب الجنسَ. وقال أبو يوسف: لو خلَط لبنَ امرأةٍ بلبنِ امرأةٍ أُخرى، وأُوجِر صبيًّا: أن الرَّضاع من أكثرهما، وإن استويا: يكون منهما، وإلا لا، وعند محمد: يكون منهما على كل حال.

ثم إن اعتبار الغلبة فيما لا صُنعَ فيه للعبد، كالطَّبْخ، وأما فيه، فلا عبرة بها، فإن طبَخ بلبنها أُرْزًا: فلا تثبُت الحرمةُ بينهما في قولهم جميعًا، غالبًا كان اللبَنُ أو

---

(١) «فتاوى قاضي خان»، كتاب الأيمان، فصل في الأكل (٢/ ٥٧).

(٢) أي: للفرق الذي ذكره.

(٣) «عمدة الناظر» لأبي السعود (ل/ ١٩٣/ ب).

مغلوبًا، وإن لم يُطبَخ الطعامُ باللَّبَن: تُعتبَر الغلبة، فإنْ الغالبُ اللبَن: تثبُت الحرمةُ عندهما، خلافًا له، وإن كان الغالبُ الطعامَ: لا تثبُت الحرمةُ في قولهم على الأصحّ، والله سبحانه أعلم[١].

[فصلٌ في تعارُض العُرف مع اللُّغة]

(فصلٍ في تعارض العرف واللغة: صرَّح الزيلعيُّ وغيرُه بأن الأيمانَ مَبنِيَّةٌ على العُرف[٢]، لا على الحقائق اللُّغَوية. وعليها)، أي: هذه القاعدة، (فروعٌ، منها):

[فرع: لو حلف: لا يأكُل الخُبزَ، حنث بما يعتاده أهلُ بلده]

(لو حلف: لا يأكُل الخُبزَ، حنَث بما يعتادُه أهلُ بلدِه)، أي: الحالف.

وهذا إذا لم يُخالِف أهلَ بلده، وإلا فتُعتبَر عادةُ نفسه، ففي «الفتح»: «سُئِلتُ: لو أن بدَوِيًا اعتادَ أكلَ خُبزِ الشعير، فدخل بلدةَ المُعتادُ فيها أكلُ خُبزِ الحنطة، واستمرَّ هو لا يأكُل إلا الشعيرَ، فحلَف: لا يأكُل خبزًا، فقلتُ: ينعقِد على عُرف نفسِه، فيحنث بالشعير؛ لأنه لا ينعقد على العرف إلا لأنَّ[٣] الحالف يتعاطاه، فهو

---

(١) في هامش (ع) و(ب): (وفي «القنية»: اليمين بالله مشروعة ومباحة بالكتاب والسنة الإجماع، سواء كانت على الماضي أو المستقبل، لكن الأولى تقليلها، وأما اليمين بالحج والصوم الطلاق والعباق وغيرها ففي المستقبل قيل: تكره لقوله عليه الصلاة والسلام: من كان منكم حالفا فليحلف بالله أو ليدع، وقيل: لا يكره لتوارث الناس ذلك من غير نكير، والصحيح أن اليمين بغير الله إذا أضيف إلى الماضي يكره، وإذا أضيف إلى المستقبل لا يكره لقول العجلاني بعد اللعان: إن أمسكتها فهي طالق ثلاثا، ولم ينكر عليه النبي صلى اله عليه وسلم، ولكن هذا أيمان السفلة والهمج من الناس، انتهى).

(٢) انظر: «تبيين الحقائق»، كتاب الأيمان، بداية باب اليمين في الدخول والخروج (٣/ ١١٦).

(٣) في «فتح القدير»: (إذا كان).

منهم فيه، فينصرِف إليه كلامُه لذلك، وهذا مُنتفٍ فيمن لم يُوافِقهم، بل هو مُجانِبٌ لهم»[١]، انتهى.

(ففي) مصر (القاهرة، لا يحنث إلا بخُبز البُرّ)؛ لاعتيادِ أهلِها ذلك دون غيره، (وفي طبرستان ينصرف حلفُه إلى خُبز الأُرْز)، فلا يحنث بأكلِ غيره، (وفي زَبِيد) ينصرف (إلى خُبز الذُّرَة والدُّخن. وإذا أكل الحالفُ خلافَ ما عندهم من الخبز: لا يحنث).

(ولا يحنث بأكل القَطائف[٢])؛ لأنه لا يُسمَّى خُبزًا، (إلا بالنية).

[فرع: الشِّواء والطَّبِيخ يُحملان على اللَّحم]

(ومنها)، أي: فروع تلك القاعدة، (الشِّواء)، بالكسر والضمّ، أي: المَشوِي، (والطَّبِيخ)، أي: المطبوخ بالماء، يُحملان (على اللحم) المَشوِيِّ أو المطبوخ، (فلا يحنث) الحالفُ بأنه لا يأكُل الشِّواءَ أو الطَّبِيخ، (بالباذِنْجان والجَزَر) على قولهما المُفتَى به، وكذا البيض (المَشوِي) أو المطبوخ إذا لم يَنْوِ كُلَّ شِواء، وإلا فتَعمل نِيَّتُه، «زيلعي»[٣].

(ولا يحنث بالمُزَوَّرةِ)، هي المَرَقةُ التي يَتَّخِذُها الأطِبَّاءُ بالأدوية للمريض[٤]، (في) حلف (الطبيخ، ولا بالأُرْز المطبوخ بالسَّمْن) أو الزَّيت[٥]، (بخلاف المطبوخ

---

(١) «فتح القدير»، كتاب الأيمان، باب اليمين في الأكل والشرب (٥/ ١٢٧).

(٢) القطائف: طعام يسوى من الدقيق المُرَقّ بالماء، كذا في «تاج العروس» (٢٤/ ٢٧٠)، وفي «المعجم الوسيط» (٢/ ٧٤٧): «رقائق من عجين البر مقوسة كالأهلة، صغيرة، تحشى بالبندق وأشباهه، وتقلى بالسمن أو الزيت، وتحلى بالسكر».

(٣) انظر: «تبيين الحقائق»، كتاب الأيمان، باب اليمين في الأكل والشرب واللبس والكلام (٣/ ١٢٩).

(٤) انظر: «كشاف اصطلاحات الفنون» (٢/ ١٥٢٤)، و«تكملة المعاجم العربية» (٥/ ٣٨٤).

(٥) في هامش (ع) و(ب): (قال في «الدر المختار»: هذا في عرفهم، وأما في عرفنا فاسم الطبيخ يقع

بالدُّهن)؛ لأنه يُسمَّى طَبيخًا، (ولا) يحنث في الطبيخ (بقَلِيَّة)، بفتح القافِ، وكسر اللام، وتشديد الياء، أي: المنضوجة من اللحم يابِسةً، فإنه لا يُسمَّى طبيخًا عُرفًا.

[فرع: لو حلف: لا يأكل رأسًا، يحنث بالمُعتاد في مصره]

(ومنها: الرأسُ ما يُباعُ في مصره، فلا يحنث) الحالفُ بأنه لا يأكُل رأسًا (إلا برأسِ الغنم)، إن كان المُعتادُ في مصره ذلك.

[فرع: لو حلف: لا يدخُل بيتًا، يحنث بما أُعِدَّ للبَيتوتة]

(ومنها: لا يدخُل بيتًا، فدخَل بيعةً)، مَعبَد النصارى، (أو كَنيسة)، مَعبَد اليهود، (أو بيتَ نارٍ) للمَجوس، (أو الكَعبةَ) شرَّفها الله تعالى: (لا يحنث)؛ لأن البيت في العُرف ما أُعِدَّ للبَيتُوتة، وهذه البِقاعُ ما أُعدَّتْ لها. وتأخيرُ الكعبة لبُعدها عن الحلف المذكور؛ إذ المسلم لا ينبغي في أن يحلف بأنه لا يدخُلها.

وكذا «لا يحنث الحالفُ المذكور بدُخول الدِّهْلِيز، والظُّلَّة، والصُّفَّة؛ للعِلَّة المذكورة[1]، والمذهبُ أنه يحنث في الصُّفَّة[2]»، «تنوير»[3].

[تنبيه: مسائل خرجَت عن قاعدةِ بناء الأيمان على العرف]

(تنبيه: خرج عن بناء الأيمان على العُرف مسائلُ):

= على كل مطبوخ بالماء، ولو بودك أو زيت أو سمن. وفي «النهر»: الطعام ما يؤكل على وجة التطعم، كجبن وفاكهة، لكن في عرفنا لا، انتهى).

(١) أي: لأنه لا يُبات فيها.

(٢) لأنه يبات فيه صيفًا، وإن لم يكن مسقفا.

(٣) انظر: «تنوير الأبصار» مع «الدر المختار»، كتاب الأيمان، باب اليمين في الدخول والخروج والسكنى (ص ٢٨٦).

[الأولى: حلف: لا يأكل لحمًا، حنث بأكلِ لحم الخنزير والآدمي]

(الأولى) منها: (حلف: لا يأكل لحمًا، حنث بأكل لحمِ الخنزير والآدميِّ، كما في «الكنز»[(١)]، مع أن أكلَها خلافُ العُرف، (ولكنَّ الفتوى على خلافه)؛ لأن أكل لحمِ الخنزير والآدمي غيرُ مُتعارَف، والأيمان مبنيَّةٌ على العُرف.

(وجوابُ الزَّيلعي) عن كون الفتوى خلافَه بناءً على العُرف (بأنه)، أي: هذا العُرف، (عُرفٌ عمَليٌّ)، لا لفظيٌّ، (فلا يصلُح مُقيِّدًا[(٢)]) لعُموم لفظِ اللحم، بخلاف العُرف اللفظي، فإنه يصلُح مُقيِّدًا؛ لأن اللفظ إذا كان معناه الوضعيُّ عامًّا، ثم تُعُورِف في معنًى آخرَ أخصَّ منه، فالعُرف يَخُصُّه بالمعنى الثاني اتفاقًا، (فقد ردَّه)، أي: جواب الزيلعي، ابنُ الهمام (في «فتح القدير» بقولهم في الأصول: الحقيقةُ تُترَك بدلالة العادة، إلا عُرفًا عمَليًّا[(٣)]).

وفي «التحرير»: «العُرف العمَليُّ مُخصِّصٌ للعامِّ عند الحنفية، خلافًا للشافعية، كـ: حرَّمتُ الطعامَ، وعادتُهم أكلُ البُرِّ: انصرف الطعامُ إليه، وهو الوجه. أما تخصيصُ العامِّ بالعُرف القوليِّ[(٤)]، فاتفاقٌ، كالدَّابَّة على الحمار، والدراهم على النقد الغالب. لنا: الاتفاقُ على فهمِ لحمِ الضَّأنِ بخُصوصه في: اشترِ لحمًا، وقَصْرِ الأمرِ عليه إذا كان العادةُ أكلَه، فوجب كونُ العمليِّ مُخصِّصًا، كالقوليِّ؛ لاتِّحاد المُوجب، وهو تبادُرُه بخصوصه من إطلاق اللفظ. وأما الفارقُ، بأنَّ «لَحمًا» في: «اشترِ لحمًا»

---

(١) انظر: «كنز الدقائق»، كتاب الأيمان، باب اليمين في الأكل والشرب (ص ٣٣٤).

(٢) «تبيين الحقائق»، كتاب الأيمان، باب اليمين في الأكل والشرب واللبس والكلام (٣/ ١٢٨).

(٣) انظر: «فتح القدير»، كتاب النكاح، فصل في الوكالة بالنكاح (٣/ ٣١٤).

(٤) في هامش (ع) و(ب): (وهو أن يتعارف عند قوم في إطلاق لفظ إرادة بعض أفراده مثلًا، بحيث لا يتبادر عند سماعه إلا ذلك، «شرح»). كذا في «تيسير التحرير».

مُطلقٌ، و«الطعام» في: «حرَّمتُ الطعامَ» عامٌّ، وأن دلالة المُطلقِ على المُقيَّد دلالةُ الجُزء على الكُلِّ، ودلالةُ العامِّ على المُفرَد قلبُه، فلا أثرَ لهذا الفارقِ بعد اشتراكهما في تبادُر الخصوص»[١].

[الثانية: حلف: لا يركَب حيوانًا، يحنث بالرُّكوب على الإنسان]

(الثانية) من تلك المسائل: (لو حلف: لا يركَب حيوانًا، يحنَث بالرُّكوب على الإنسان؛ لتناوُلِ اللفظِ) له، (والعُرف العمليُّ، وهو أنه لا يُركَب) الإنسانُ (عادةً)، قولُه: (فلا يصلُح)، خبرٌ لقوله: «والعُرف العمليُّ»، والظاهر تركُ الفاء؛ لأنها لا تدخل في مثل هذا الموضع، (مُقيِّدًا) للحيوان بما يُعتاد ركوبُه، (ذكره الزيلعيُّ[٢]).

(بخلاف: لا يركَب دابَّةً)؛ فإن العُرف وإن كان عمليًّا، قد خصَّ الدابَّةَ بما تُعُورِفَ رُكوبُه، فلا يحنث برُكوب الكافر، (كما قدَّمناه).

(وقد استمرَّ الزيلعيُّ) في الحكم بحِنث الحالفِ بأنه لا يركَب حيوانًا، برُكوبه الإنسانَ (على ما مهَّده) من أن العُرف العمليَّ لا يصلُح مُقيِّدًا، دون اللفظيِّ، (وقد علِمتَ ردَّه) بما في «فتح القدير».

(لكن لم يُجِبْ ابنُ الهُمام عن) خصوص (هذا الفرع)، أي: هذه المسألة التي فرَّعها الزيلعيُّ على عدم كون العُرفِ العمليِّ مُقيِّدًا.

وأُجيب بأن الزيلعيَّ لم يذكُرها من عند نفسه، بل ذكرها تقويةً لما ذكره، حيث قال: «وذكر العتَّابيُّ أنه لا يحنث بأكل لحمِ الخنزير والآدميِّ. قال في «الكافي»: وعليه

(١) «التحرير» مع «التيسير»، الفصل الرابع، التقسيم الثاني للفظ باعتبار الموضوع له، البحث الخامس: يرد على العام التخصيص، مسألة: العادة العرف العملي مخصص عند الحنفية (١/ ٣١٧).

(٢) انظر: «تبيين الحقائق»، كتاب الأيمان، باب اليمين في الأكل والشرب واللبس والكلام (٣/ ١٢٨).

الفتوى، فكأنه اعتبَر فيه العُرف، ولكن هذا عرفٌ عمَليٌّ، فلا يصلُح مُقيِّدًا، بخلاف العُرف اللفظي؛ ألا ترى: [أنه] لو حلف: لا يركَب [دابَّةً، لا يحنث بالرُّكوب على الإنسان للعُرف اللفظي؛ فإن اللفظ عرفًا لا يتناوَل إلا الكُراعَ، وإن كان في اللغة يتناوله. ولو حلف: لا يركب][(١)] حيوانًا، يحنث بالركوب على إنسان؛ لأن اللفظ يتناوَلُ جميع الحيوان، والعُرف العمليُّ، وهو أنه لا يُركب عادةً، لا يصلُح مُقيِّدًا»[(٢)]، انتهى.

فابنُ الهُمام، وإن ردَّ ما بنَى عليه الزيلعيُّ، لكن لم يَرُدَّ تلك المسألةَ بخُصوصِها؛ لاحتمال أن يكون لها مبنًى آخَرُ يوجب صِحَّتَها.

لكن يُشكِل الفرقُ بين هذه المسألة وبين ما لو حلَف: لا يركَب دابَّةً، فركِب كافرًا، حيث لم يحنث في الثانية دون الأُولى.

[الثالثة: حلف: لا يهدِم بيتًا، حنث بهدم بيت العنكبوت]

(الثالثة) من المسائل الخارجة: (حلَف أنه لا يهدِم بيتًا، حنَث بهدم بيتِ العَنكَبوت)، مع أنه لا يُسمَّى بيتًا عُرفًا، كذا في «الذخيرة»[(٣)] و«المرغيناني».

واختلف المشايخ فيه، فمنهم من قال: إنه خطأٌ؛ بناءً على أن الأيمان مبنيَّةٌ على العُرف مطلقًا، سواء أمكَن العملُ بحقيقته أو لا، لا على الحقيقة اللُّغَوية، ولا على الاستعمال القرآني، وقال في المسألة: إنه يحنَث بِهَدْم بيتِ العنكبوت؛ لإمكان العمل بالحقيقة.

وضعَّفه ابن الهمام، وقال: «لا يخفى عليك أن هذا المسلك يُصيِّر المعتبَر

---

(١) ما بين المعقوفتين مستدرك من «التبيين».

(٢) «تبيين الحقائق»، كتاب الأيمان، باب اليمين في الأكل والشرب واللبس والكلام (٣/ ١٢٨).

(٣) لم أجده في مظانه من «الذخيرة» ولا «المحيط البرهاني».

الحقيقةَ اللُّغويةَ، إلا ما ليس له وضعٌ لُغويٌّ من الألفاظ، بل أحدثه أهلُ العرف، وأن ما له وضعٌ لُغويٌّ ووضعٌ عُرفيٌّ يُعتبَر معناه اللُّغَويُّ، وإن تكلَّم به المُتكلِّم من أهل العُرف، وهذا يهدِم قاعدةَ حملِ الأيمان على العُرف، فإنه لم يُصَيِّر[1] المعتبَرَ إلا اللُّغة، إلا ما تعذَّر، وهذا بعيد؛ إذ لا شك أن المتكلِّم لا يتكلَّم إلا بالعُرف الذي وقع به التخاطُب، سواء كان عُرفَ اللُّغة إن كان من أهل اللغة، أو غيرَها إن كان من غيرها. نعم؛ ما قع استعمالُه[2] مُشترَكًا بين أهل اللغة وأهل العُرف تُعتبَر اللُّغةُ على أنها العُرف.

وأما المسائل المذكورة في «الذخيرة» و«الظهيرية»، فالوجه فيه: إن كان نواه في عموم «بيتًا» حنَث، وإن لم يخطُر له: وجَب أن لا يحنث؛ لانصراف الكلام إلى المُتعارَف عند إطلاق لفظ «بيت»، وظهر أن المراد بانصراف الكلام إلى العُرف أنه إذا لم يكن له نيةٌ: كان موجب الكلام ما يكون معنى عُرفيًّا له، وإن كان له نيةُ شيءٍ، واللفظُ يحتمله: انعقَد اليمينُ باعتباره»[3]، انتهى.

(بخلاف) ما لو حلف: **(لا يدخُل بيتًا)**، فدخَل بيعةً، أو كَنيسةً، أو بيتَ نارٍ: لا يحنث لتعذُّر العمل بحقيقة البيت، فإنه لا يمكن الدخولُ في بيت العنكبوت، فيحمل على المُتعارَف.

(وفرَّق الزيلعيُّ بينهما)، أي: بين «لا يهدِم بيتًا» وبين «لا يدخُل بيتًا»، **(بإمكان العمل بحقيقته)**، أي: البيت في الهدم، فيحنث بهدم بيتِ العنكبوت، **(بخلاف**

(١) في النسخ: (يصر). والمثبت من «فتح القدير».
(٢) في النسخ: (استعمالا). والمثبت من «فتح القدير».
(٣) «فتح القدير»، كتاب الأيمان، باب اليمين في الدخول والسكنى (٥/ ٩٦).

الدخول[١])، فإن دخولَ بيت العنكبوت مُتعذّرٌ، فتعذّر العملُ بحقيقة البيت، فحُمل على المُتعارَف، حيث لم يحنث بدُخول الكنائس.

(ولو صحَّ هذا المَسلكُ)، أي: وجوب العمل بالحقيقة عند الإمكان، ولا يخفى ما في هذه الشرطية من الإشارة إلى الضَّعف، (لم يصِحَّ بناءُ الأيمان على العُرف، إلا عند تعذُّر العمل بحقيقته اللُّغَوية)، وذلك ظاهرُ الخلاف، كيف؟ وفي كثير من الفروع بخلافه، منها: «حلف: لا يأكل خُبزًا، لا يحنث بغير ما يعتاده أهلُ بلده، مع إمكان العمل بحقيقة الخُبز»، «فتح»[٢].

[الرابعة: حلف: لا يأكل لحمًا، حنث بأكل الكَبِد والكِرْش]

(الرابعة) منها: (حلف: لا يأكُل لحمًا، حنث بأكل الكَبِد والكِرْش)، هو لِذِي الخُفِّ والظِّلْفِ كالمِعدة للإنسان، (على ما في «الكنز»[٣])، مع أنه لا يُسمَّى لحمًا عُرفًا، ولذا قال في «المحيط»: إنه إنما يحنث على عادة أهلِ الكوفة)، فكأنَّ صاحبَ «الكنز» حكم بالحنث فيهما بناءً على عادة أهل الكوفة، فلا يكون من المسائل الخارِجة عن بناء الأيمان على العُرف. (وأما في عُرفنا، فلا يحنث) بأكلهما؛ (لأنه لا يُعَدُّ لحمًا، انتهى) كلام «المحيط». (وهو)، أي: ما قاله في «المحيط»، (حسَنٌ جدًّا).

[حلف: لا يدخل دارَ فلان، لا يحنث في العجم، وعُرف العجَم معتبر]

(ومن هذا وأمثاله عُلِم أن العجَميَّ يُعتبَر عُرفُه قطعًا، ومن هذا قال الزيلعيُّ في قول «الكنز»: «والواقف على السطح داخلٌ»[٤])، حتى لو حلَف: لا يدخُل دارَ فلان،

---

(١) انظر: «تبيين الحقائق»، كتاب الأيمان، باب اليمين في الأكل والشرب واللبس والكلام (٣/ ١٣٠).

(٢) انظر: «فتح القدير»، كتاب الأيمان، باب اليمين في الأكل والشرب (٥/ ١٢٦).

(٣) انظر: «كنز الدقائق»، كتاب الأيمان، باب اليمين في الأكل والشرب واللبس (ص ٣٣٤).

(٤) «كنز الدقائق»، كتاب الأيمان، باب اليمين في الدخول والخروج (ص ٣٣٠).

فوقف على السطح: يحنث؛ لأن السطح من الدار، ألا ترى أن سطح المسجد له حكمُ المسجد، حتى لا يبطُل الاعتكافُ بالصُّعود عليه، ولا يجوز للجُنُب والحائض الوقوفُ عليه، ولا يجوز التخلِّي به.

(والمُختار أنه لا يحنث في العجَم؛ لأنه)، أي: الواقف على السطح، (لا يُسمَّى داخِلا عندهم)، أي: العجم، (انتهى) كلامُ الزيلعي[1].

[المبحث الثالث: العادة المُطَّرِدة هل تُنزَّل منزلةَ الشرط الصريح في المعاملات؟]

(المبحث الثالث) من المباحث المُتعلِّقة بالقاعدة السادسة: (العادة المُطَّرِدةُ هل تُنزَّل منزلةَ الشرطِ) الصريح (في المُعاملاتِ) أم لا؟

(قال في إجارة «الظهيرية»: والمعروفُ عُرفًا كالمشروط شَرطًا، انتهى) كلامُ «الظهيرية».

[فرع: اختلفَا بعد عملِ الصانع في الأجر وعدمه]

(وقالوا[2] في الإجارات: لو دفَع ثوبًا إلى خيَّاطٍ ليَخيطَه، أو دفع ثوبًا إلى صبَّاغ ليَصبَغه) له، (ولم يُعيِّن أجرًا) صريحًا، (ثم اختلفا) بعد العمل في الأجر وعدمِه، فقال الدافعُ: عملتَه بلا أَجْرٍ، وقال الصانعُ: إنما عملتُه بالأجر، (وقد جرَتْ عادتُه)، أي: العامل، (بالعمل بالأُجرة) في مثل هذا العمل، (فهل يُنزَّل جَرَيانُ العادة منزلةَ شرطِ الأُجرة) على الدافع؟ (فيه اختلافٌ).

قيَّد بقوله: دفع ثوبًا؛ لأنه لو أخَذه الخيَّاطُ من غير دفعِ المالك وخاطَه، وكذا

---

(1) «تبيين الحقائق»، كتاب الأيمان، باب اليمين في الدخول والخروج والسكنى (٣/ ١١٨).

(2) في هامش (خ) و(م): (يأتي في بحث: لا ينسب إلى ساكت قول، في الشرح).

الصبَّاغُ، لا أجرَ له أصلا بلا تسميةٍ؛ لأنه تبرُّعٌ مَحضٌ، لأن الخدمة من غير الاستخدام لا تُوجِب الأُجرةَ أصلا، وإن كان عادتُه العملَ بالأجرة.

ويكون(١) الاختلافِ بعد العمل؛ لأنهما لو اختلفا قبله تحَالفا، ويفسَخُ القاضي العقدَ بالاتفاق، وأيُّهما أقام بيِّنةً: قُبِلت، وإن أقاما بيِّنةً: يُقضَى ببيِّنةِ المُستأجِر؛ لأنه يُثبِت حقًّا لنفسه.

ثـم بيَّـن الاختلافَ بقولـه: (قال الإمـامُ الأعظـمُ رحمـه الله تعالى: لا أجـرَ له)، أي: للصانـع، لأنه يدَّعِـي الأجرَ، والدافعُ يُنكِـر تقوُّمَ عملِه ووُجـوبَ الأجر، والقولُ قـولُ المُنكِر.

(وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى: إن كان الصانعُ حريفًا له، أي: مُعامِلا له)، بإن كان يدفَع إليه شيئًا للعمل ويُقاطِعُه عليه: (فله الأجرُ)؛ لأن المُقاطَعة المُتقدِّمة تدلُّ على أنه يعمَل بالأجر، فقام ذلك مقامَ الاشتراط؛ لأن العادة قد جرَتْ بالدفع للعمل بالأجر إلى مَن يُخالِطُه من غير تسميةِ الأجر للعِلم به، (وإلا) يكُنْ الصانعُ حريفًا له: (فلا) أجرَ له.

(وقال محمدٌ رحمه الله تعالى: إن كان الصانعُ معروفًا بهذه الصُّنْعة بالأجر، و) كان قيامُ حالِه)، أي: تعيُّشُه، (بها)، أي: هذه الصنعة، (كان القولُ قولَه) في ثُبوت الأَجر، لا في مقداره؛ لأن اللازمَ له أجرُ المثل، لا ما ادَّعاه المُستأجِر. نعم؛ لو كان أجرُ المثل أزيدَ مما ادَّعاه لا يُقضَى بالزيادة لِرضاه بالنُّقصان. وإنما كان القولُ قولَه لأنه لما فتَح الدُّكَّان لأجله جرى مَجرى التنصيص عليه؛ اعتبارًا بالظاهر المُتبادِر؛ (وإلا) يكُن الصانعُ كذلك (فلا) يكون القولُ قولَه.

---

(١) أي: وقيد بكون... إلخ.

(وقال الزيلعيُّ: والفتوى على قول محمد، انتهى[١]).

(ولا خُصوصِيَّةَ للحكم)؛ اعتبارًا للظاهر المُعتاد، (لصانع واحدٍ، بل كلُّ صانع نصَب نفسَه للعمل بأجرة، فإنَّ السُّكوتَ) منه (كالاشتراطِ) في لُزوم الأجر.

[فرع: يجب الأجرُ بلا شرطٍ في نُزول الخان، ودُخول الحمَّام، والدلَّال]

(ومن هذا القَبِيل: نُزولُ الخان، ودُخول الحمَّام، والدَّلَّالُ)، حيث يجب لهم الأجرُ بلا شرطٍ؛ إذ العادةُ فيها النُّزولُ والدُّخولُ بالأجر، فيلزمه أجرُ المِثل، (كما في «البزازية»[٢]).

[فرع: لزوم الأجرة في المُعَدِّ للاستغلال وغيره]

(ومن هذا القَبِيل: المُعَدُّ للاستغلال)، أي: المُتَّخَذُ له، (كذا في «المُلتقَط»[٣]). قال في «البزازية»: «حوانيتُ مُستغلَّةٌ، يسكُن واحدٌ في حانوتٍ منها، قال ابنُ سلَمة: يجب أجرُ المثل، وإن ادَّعى الغصبَ: لا يُصدَّق إذا كان مُقِرًّا بالمِلك للمالك، وإذا ادعى المِلكَ: لا يلزم الأجرُ وإن برَهَن المالكُ عليه. وكذا لو دخل الحمَّامَ، وادَّعى الدُّخولَ غصبًا: لا يُسمَع. وإذا أعطَى أُجرةَ الحمَّام، ولم يُعطِ للحلَّاق والخادم شيئًا، إن كانا أجيرَين للحمَّاميِّ: لا يلزمه أجرُهما إن كانا عمِلَا، وإلا يجب عليه»[٤]، انتهى.

---

(١) «تبيين الحقائق»، كتاب الإجارة، باب فسخ الإجارة (٥/ ١٤٣).

وفي هامش (خ) و(م): (يأتي ذلك في الفن الثالث في بحث إجارة المثل، فراجعه، انتهى).

(٢) انظر: «الفتاوى البزازية»، كتاب الإجارات، الفصل الحادي عشر في الاختلاف، النوع الأول في البيت (٥/ ١٢٧).

(٣) قال في «الملتقط»، كتاب الإجارات، مطلب: أعطى الخياط أكثر من أجر مثله (ص ٣٥٥): «حجر القصار إذا استعمله من غير استئجار، فعليه أجر المثل إذا كان معدا للإجارة».

(٤) «الفتاوى البزازية»، كتاب الإجارات، الفصل الثاني في صفتها، نوع في المتفرقات (٥/ ٤٥).

فعُلِم منه أن الساكن في المُعَدّ للاستغلال يجب عليه الأجرُ إن كان مُقِرًّا بالمِلك للمالك، وإن ادَّعى كونَه مِلكًا له: لا؛ لأن السُّكنى بتأويلِ المِلك أو عقدٍ يَمنَع لُزومَ الأجر، إلا في الوقف ودارِ اليتيم، على خلافٍ في الثاني.

(ولذا قالوا: المعروفُ كالمشروط، فعلى المُفتَى به) من قول محمد **(صارَتْ عادتُه كالمشروط)** صريحًا.

[مسألتان مُخرَّجتان على أن المعروف كالمشروط]

(وههنا مسألتانِ لم أرَهما، لكن يمكن تخريجُهما على أن المعروف كالمشروط. وفي «البزازية»: المشروط عُرفًا كالمشروط شرعًا[1]).

[الأُولى: عادةُ المُقترِض ردُّ أزيدَ مما اقترَض]

(الأُولى) منهما: **(لو جرَت عادةُ المقترِض بردِّ أزيدَ مما اقترَض)** إلى المُقرِض، **(هل يحرُم إقراضُه**[2]**)**، كما يحرُم لو شرَط الزيادة، **(تنزيلا لعادتِه منزلةَ الشَّرط)**، كما نُزِّلت في المسائل المُتقدِّمة، **أو لا يحرم؟**

وفي «حاشية البيري» نقلا عن «الغياثية»[3]: «ولو تعامَلوا على بيع الخمر أو الرِّبا: لا نُفتِي بالحِلِّ، فهذا صريحٌ في المسألة بأنه يحرُم. وفي «المُلتقَط»: لو اشترى

---

(١) «الفتاوى البزازية»، كتاب الإجارات، الفصل الثاني في صحتها، نوع في الأعمال التي لا تصح الإجارة بها (٥/ ٥٠).

(٢) في هامش (خ): (قوله: هل يحرم إقراضه. في «حاشية أبي السعود» نقلا عن «البيري» ما نصه: نعم؛ يحرم؛ لظاهر ما في «شرح الطحاوي» للإسبيجابي، حيث قال: المعروف بالعرف كالمشروط باللفظ، انتهى... إلخ، فراجعه. وانظر «الدر المختار» و«حواشيه» من فصل القرض في بحث الزيادة فيه والحط منه، انتهى).

(٣) في النسخ: («العتابية»). والمثبت من «عمدة ذوي البصائر».

ثوبًا، فأرجَح دانِقًا: لا يُقبَل حتى يقول: أنتَ في حِلٍّ وهو لك[١]، انتهى.

وفي «مختصر الظهيرية»: المديونُ إذا أدّى [الدائنَ] أكثرَ مما عليه وَزْنًا، فإن كانت الزيادةُ تجري بين الوزنَين: جاز. وأجمَعوا على أن الدَّانِق في المائة يسيرٌ يجري بين الوزنَين، وقدرُ الدرهم والدرهمَين كثيرٌ، واختلفوا في نصفِ الدرهم.

وفي «المشرع»: يجب ردُّ مثل الدراهم المُستقرَضة[٢] وزنًا، ونقدًا، وعَيارًا[٣]، وجَودةً»[٤].

أما ما قيل: «إن الذي يُؤدِّي إليه نظرُ الفقيه أنه لا يحرم؛ لأنه يُحمَل على المُكافَأة على المعروف، وهو مندوبٌ إليه شرعًا، حيث دفعه إليه المُقرِض قرضًا محضًا، فجازَاه عليه، ولم يَشرِطه، هذا إذا لم يقصِده، وإلا فيحرُم»[٥]، انتهى، ففيه: إن سُلِّم قاعدةُ أن المعروف كالمشروط شرعًا: كان إقراضُ المُقرِض إقراضًا بشرطِ الزيادة، فيحرُم، سواء أَخَذ الزيادةَ بعده أو لا، وسواء قصَد المُستقرِضُ بدفعه التبرُّعَ أو لا، وإن لم يُسلَّم ذلك[٦]: فلا كلامَ فيه[٧].

---

(١) قال البيري: «في الهبة من «الملتقط»»، ولم أجده فيه.

(٢) في النسخ: (لمستقرضه). وهو خطأ؛ فإن الدراهم ترد إلى المقرض، لا المستقرض. والمثبت من «عمدة ذوي البصائر».

(٣) عيار النقود: مقدار ما فيها من المعدن الخالص المعدود أساسًا لها بالنسبة لوزنها. انظر: المعجم الوسيط (٢/ ٦٣٩).

(٤) «عمدة ذوي البصائر» (١/ ٢٥٥).

(٥) انظر: «غمز العيون» (١/ ٣٠٨).

(٦) أي: قاعدة «المعروف كالمشروط».

(٧) في هامش (ع) و(ب): (وفي «النهر»: إنما يحل قبول هدية الغريم عند عدم الشرط إذا لم يكن فيه عرفٌ ظاهر، انتهى).

[الثانية: اطَّردت العادةُ بالأمان للكافر المُبارِز للمُسلم]

(و)الثانية (منهما: لو بارَز كافرٌ مُسلمًا، واطَّردت العادةُ بالأمان للكافر) المُقابِل للمسلم، يعني: أن لا يُقاتِلَه غيرُ مَن يُقابِله، (فهل تكون العادةُ بمنزلة اشتراطِ الأمان، فيحرُم على سائر المسلمين إعانةُ المسلم) المُقابل (عليه)، أي: الكافر، أم لا يكونُ، فلا تحرُم الإعانة.

قيل: وهذا الكلام يدل على أنه لو شُرط الأمانُ لغير المسلم المُقابِل كانت المُقاتَلة حرامًا لهم دون المسلم المقابل، وما ذكروا في صحة أمان الحُرِّ الواحد من المسلمين في حقِّ الكل من عدم تجزِّئ الأمانِ ينادي على خلافه، انتهى.

والذي يقتضيه التخريجُ أنه لا يحرُم، تأمَّل[1].

[سؤال: تلِف فخَّارٌ في مطبخ أُذِن للمُستأجِر في استعماله]

(وحينَ تأليفِ هذا المحلِّ ورَدَ عليَّ سُؤالٌ فيمن آجَر مَطبخًا)، اسم مكان، (لطَبْخِ السُّكَّر، وفيه)، أي: ذلك المطبخ، (فخَّارٌ)، هو الطِّين المَشوِيُّ، وقبل الطبخ خزَفٌ وصَلصالٌ، والمراد هنا: الكُوز الموضوع في المطبخ للاستعمال، وكذا سائرُ ما يُستعمَل فيه من الآلاتِ، وكانت غيرَ داخلةٍ في الإجارة (أُذِن للمُستأجِر في استعماله، فتلِف الفخَّارُ) بلا تعدٍّ من المستأجِر، (وقد جرَى العُرفُ) بينهم (في) خصوص (المَطابخ بضَمانها)، أي: الفخَّار، والتأنيثُ باعتبار الآلة، على المُستأجِر. (فأجَبتُ أن المعروف كالمشروط، فصار كأنه صرَّح بضمانها شرطًا عليه، والعارِيَّةُ

---

(١) في هامش (ع) و(ب): (وفي «تفسير أبي الليث» بعد أن ذكر أن عليا وحمزة رضي الله عنهما قتلا من بارزهما حملا على شيبة المبارز له عبيدة معه، فقتلاه، قال: وفي هذا دليل من الفقه على أنه لا بأس بأن ينصر أحد المبارزين صاحبه، انتهى).

إذا شُرط فيها الضمانُ على المُستعِير: تصير مضمونةً عندنا في رواية، ذكره الزيلعيُّ في كتاب العاريَّة[١]، وجزَم به)، أي: الضمان فيها، (في «الجوهرة»، ولم يقل: في رواية)، حيث قال: «فإن شُرط فيها الضمانُ: كانت مضمونةً بالشرط؛ لقوله عليه الصلاة والسلام لصَفوانَ بنِ أُميَّةَ حين استعار منه أدرُعًا[٢]، وقال له صفوان: أغَصْبًا تأخُذها[٣] يا محمد، فقال: «بل عارِيَّةٌ مضمونة»[٤]، فأخَذها[٥] بشرط الضمان»[٦]، انتهى.

«قيل عليه: لا ينبغي، بل لا يجوز أن يُفتَى بهذا أصلا؛ لأن رواية الضمان على تقدير التصريح بالشرط إنما ذُكِرت على سبيل إرخاء العَنان مع الشافعي القائلِ بالضمان في الحديث، وإلا فقد قال صاحب «الجوهرة» في «شرح النظم الهاملي» نقلا عن الكرخي: إن العارية والإجارة لا يُضمَنان أبدًا، فقوله: أبدًا، يفيد العمومَ وشمولَ حالِ الشرط، ومع ذلك صرَّح به وأقرَّه، فقال: ولو شُرط فيهما الضمانُ، وإنما يضمنان بالتعدِّي.

ونقل عن «الينابيع» ما ذكر عن «البزازية» أيضًا، وفيه: الشرطُ لغوٌ ولا يضمن.

ففي كل ذلك تأكيدٌ للحكم وتحذيرٌ في أن يُعمَل بتلك الرواية المخالفة للرواية على تقدير التصريح بالشرط. وأما عند عدمه، فجميعُ الشُّروح والمُتون تُنادي على أنه قولٌ مقبول، لا مجروح.

---

(١) قال في «تبيين الحقائق» (٥/ ٨٥): «والعارية إذا اشترط فيها المضان تضمن عندنا في رواية».

(٢) في النسخ: (درعا)، والمثبت من «الجوهرة النيرة».

(٣) في النسخ: (تأخذ). والمثبت من «الجوهرة النيرة».

(٤) رواه أبو داود في «سننه»، كتاب البيوع، باب تضمين العارية، برقم (٣٥٦٢).

(٥) في النسخ: (فأخذ)، والمثبت من «الجوهرة النيرة».

(٦) «الجوهرة النيرة»، بداية كتاب العارية (١/ ٣٥١).

قال في «الخانية»: «رجلٌ أعارَ شيئًا، وشرط أن يكون المستعيرُ ضامنًا لما هلَكَ في يده: لم يصِحَّ هذا الضمانُ، ولا يكون ضامنًا عندنا»[١]، ومثلُه في «الخلاصة»[٢] وغيرها»، انتهى.

[فائدة: لا يحِلُّ الإفتاءُ بالقواعد والضوابط]

هذا، وما ذكره نفسه من الجواب مخالفٌ لما ذكره في «الفوائد الزينية» أنه **لا يحل الإفتاءُ بالقواعد والضوابط، وإنما على المُفتي حكايةُ النقل الصريح**، كما صرَّحوا به»[٣]، انتهى.

[فرع: الوديعة والعين المُؤجَّرة لا يُضمنان بحالٍ]

(لكن نقل) في «الجوهرة» (بعده)، أي: بعد هذا القول، (فَرْعَ «البزازية») الذي سينقُله المصنِّف عنها، وقولُه: (عن «الينابيع»)، مُتعلِّق بـ «نقل»، (ثم قال) في «الجوهرة»: (**أما الوديعةُ والعين المُؤجَّرة، فلا يُضمنان بحالٍ**[٤])، أي: ولو شُرِط فيهما الضمانُ، وإنما يُضمنان بالتعدِّي، والفرع الذي ذكره في «الجوهرة» نقلا عن «البزازية» هو قوله: (ولكن في «البزازية»: **قال المستعير: أعِرْني هذا على أنه إن ضاعَ فأنا ضامنٌ له، فأعارَه فضاع: لم يضمَن**[٥]، **انتهى**) فرعُ «البزازية» المُخالفُ لجواب المصنِّف، لكن «كون الوديعة لا تضمن بحالٍ يُنافي ما نقله عن الزيلعي أن العين

---

(١) «فتاوى قاضي خان»، كتاب النكاح، فصل في المتعة (١/ ٣٨٤ ـ ٣٨٥).

(٢) لم أجده في كتاب العارية من «خلاصة الفتاوى».

(٣) من قوله: (قيل عليه)، إلى هنا منقول من «غمز العيون» (١/ ٣٠٨).

(٤) انظر: «الجوهرة النيرة»، بداية كتاب العارية (١/ ٣٥١).

(٥) انظر: «الفتاوى البزازية»، كتاب العارية، آخر الفصل الثاني في إعارة الدواب (٦/ ٢١٤).

المُودَعة إذا استُؤجِر على حفظها، وهلكت: يضمنها المُودَع[(١)]، مع أن ما ذكره هنا يُشعر بأنها اتفاقًا، لذا ذكر المسألةَ في «الهداية» من الإجارات[(٢)]، وفي «النهاية»، فليُتأمَّل هذا عند الفتوى»[(٣)].

[فرع: جهَّز الأبُ ابنتَه، ودفَعه لها، ثم ادعى أنه عارية]

(ومما يتفرَّع على أن المعروف كالمشروط: لو جهَّز الأبُ)، وكذا الأمُّ، كما في «فتاوى قارئ الهداية»[(٤)]، (ابنتَه جَهازًا) يُجهَّزُ به مثلُها؛ لأنه إن كان أكثرَ: فالقولُ قول الأبِ بلا خلاف، كذا في «شرح منظومة ابن وهبان»، (ودفَعه لها)؛ إذ لو لم يدفَعْه لها لا يحتمل أن يكون ملكًا لها؛ لأن التجهيز تمليكٌ، فيُشترط فيه التسليمُ، كما في «الحاوي»، نعم؛ لو كانت صغيرةً: فمُجرَّد الشِّراء لها يكفي في كونه ملكًا لها، «بزازية»[(٥)].

(ثم ادَّعى) الأبُ (أنه عارية)، وادَّعت البنتُ الهبةَ والتمليكَ، يشير بذلك إلى أن الخلاف بين الأب والبنت. وأما لو كان بينها وبين وبقية الورثة، فلا خلاف في كون الجهاز للبنت؛ لما في «الولوالجية»: «جهَّز بنتَه ثم مات، وبقيةُ الورثة يطلُبون القسمة منها، فإن كان الأب اشترى لها في صِغَرٍ أو بعد ما كبُرت، وسلَّم لها ذلك في صحته: فلا سبيلَ للورثة عليها، ويكون للابنة خاصَّة»[(٦)]، انتهى.

---

(١) انظر: «تبيين الحقائق»، كتاب الإجارة، باب ضمان الأجير (٥/ ١٣٥).

(٢) «الهداية» مع «نتائج الأفكار»، كتاب الإجارات، باب ضمان الأجير (٩/ ١٢٢).

(٣) انظر: «غمز العيون» (١/ ٣٠٩).

(٤) انظر: «فتاوى قارئ الهداية» (ص ٣٣ ـ ٣٤).

(٥) انظر: «الفتاوى البزازية»، كتاب النكاح، الفصل الرابع عشر في دعواه والاختلاف بين الزوجين، نوع: جهزها وسلم إلى الزوج (٤/ ١٤٩ ـ ١٥٠).

(٦) لم أجده في «الفتاوى الولوالجية».

وهذه المسألة مُقيَّدةٌ أيضًا بما إذا كان الأبُ يدفع الكُلَّ عاريةً. أما لو جرَتْ العادة بدفع البعض: فيكون القولُ قولَه، وهذا تقييدٌ لطيف[1].

(ولا بيِّنَةَ) لواحدٍ منهما، (ففيه اختلافٌ) بين المشايخ، قال بعضهم: القولُ للأب؛ لأن التمليك مُستفادٌ من جهته، فإذا أنكر التمليكَ كان القولُ قولَه، وقال بعضهم: لا يُقبَل قولُه إلا ببيِّنة؛ لأن الجهاز غالبا يكون ملكَ المرأة، فإذا أنكر ذلك كان مُكذِّبًا الظاهر.

(والمُختار للفتوى) أن يُفصَّل فيه ويقال: (إنه)، أي: الشأن، (إن كان العُرْفُ المُسمَّى أن الأب يدفع ذلك الجهازَ)، أي: مثله، (مِلكًا، لا عارية: لم يُقبَل قولُه) أنه عارية، (وإن كان العُرفُ مُشترَكًا)، بأن يدفع مرَّة عاريةً ومرَّة ملكًا: (فالقولُ للأب) حينئذ؛ إذ لا يكون الظاهر مُكذِّبا إياه، (كذا في «شرح منظومة ابن وهبان»).

(وقال قاضي خان: وعندي أن الأب إن كان من كرائم الناس وأشرافهم: لم يُقبَل قولُه)؛ لأن ظاهرَ حالِه يُكذِّبه، (وإن كان الأبُ من أوساط الناس) أو أراذِلهم:

---

(١) نص عليه في «جامع المضمرات»، كما في «غمز العيون» (١/ ٣٠٩).

وفي هامش (خ): (قوله: وهذا تقييد لطيف، نقله الحواشي عن «المضمرات»، وقد راجعت «المضمرات» حسب نسختي، فوجدت فيها ما نصه: قال الشيخ الإمام الشهيد رحمه الله: المختار للفتوى أنه يحكم بكون الجهاز ملكا، لا عارية؛ لأن الظاهر والغالب أن تجهيز النساء على سبيل التمليك، وهو دليل الملك، إلا في بلدة جرت العادة بكون الجهاز عارية، فهناك القول قول أبي المرأة، ولكن [هذا] إذا جرت العادة بكون الجهاز عارية بدفع الكل عارية. وأما إذا جرت العادة في بعض الأقمشة: كان الجهاز تركة تعلق بها حق الورثة، هو الصحيح، انتهى كلام «المضمرات». ونقله أبو السعود في «حاشيته» عن الغزي هكذا، وبه ظهر فساد كلام الشارح كما ترى، وحسبنا الله ونعم الوكيل).

(كان القولُ قولَه)؛ لعدم تكذيب الظاهرِ إياه، (انتهى) كلام قاضي خان[١].

وجعل في «الولوالجية» في الإكراه الناسَ أقسامًا خمسة: أواسط الناس، والأشراف، والأجِلَّة، وكِبار العلماء، والرُّؤساء[٢]، انتهى.

والظاهر أن كلامَ قاضي خان شامل لهم؛ لأن مَن ذُكِر[٣] مِن كِرام الناس.

وفي «خزانة الأكمل»: «اتَّخذ لابنته جهازًا، وبعَثه إلى بيت زوجِها، ثم بعده بمُدَّة زعَم أنه عاريةٌ، وأراد الرجوع: يُنظَر، إن سمَّاه جهازًا ليس له أن يرجِع»[٤]، انتهى. فهو قولٌ خامس.

(وفي «الكُبرى» للخاصي أن القول للزوج بعد موتها، وعلى الأب البيِّنةُ)، مُوافِقًا لما في «البزازية» حيث قال: «جهَّزها وسلَّم إلى الزوج، فماتت البنتُ، فادَّعى الأبُ أنها عاريةٌ، والزوجُ أنها تَرِكتُها: فالقول للزوج مع اليمين على العلم، وعلى الأب البيِّنةُ، والبيِّنةُ الصحيحة أن يُشهِد[٥] عند التسليم إليها أنه إنما سُلِّمت إليها هذه الأشياءُ عاريةً، أو يكتُب نسخةً ويُشهِد على إقرارها أن ما في هذه النسخة ملكُ والدي عاريةٌ عندي، لكنه يصلح للقضاء، لا للاحتياط؛ لجواز أنه اشترى بعضَ هذه الأشياء في صغرها، فبهذا الإقرار لا يصير للأب فيما بينه وبين ربِّه، فالاحتياط أن يَشتَرِيَه بثمنٍ منها، ثم تُبْرِئُه، وهذا إذا كانت بالغةً»[٦]، انتهى.

---

(١) «فتاوى قاضي خان»، كتاب الهبة، آخر فصل في هبة الوالد لولده والهبة للصغير (٣/ ٢٨٠).

(٢) انظر: «الفتاوى الولوالجية»، كتاب الإكراه، الفصل الأول فيما ينفذ من المكره (٥/ ٢١١).

(٣) أي: من ذكرهم في «الولوالجية» من الأجلة، وكبار العلماء، والرؤساء.

(٤) انظر: «خزانة الأكمل»، كتاب النكاح، من فتاوى صاعد (١/ ٥٢٤).

(٥) في (النسخ): (تشهد)، والمثبت من «البزازية».

(٦) «الفتاوى البزازية»، كتاب النكاح، الفصل الرابع عشر في دعواه والاختلاف بين الزوجين، نوع: جهزها وسلم إلى الزوج (٤/ ١٤٩).

(لأن الظاهر)، أي: ظاهر اليد، (شاهدٌ للزوج)؛ لأن الأصل أن تكون الأملاكُ في يد المُلَّاك، فيكون ما في يد الزوجة لها ظاهرًا، (كمن دفَع ثوبًا إلى قصَّارٍ ليُقصِّره، ولم يذكُر الأَجْر، فإنه يُحمَل على الإجارة)، وهو قولُ محمد المتقدم أن الفتوى عليه، (بشهادة الظاهر، انتهى) ما في «الكبرى».

ثم إن المُصنِّف أراد أن يُرجِع جميعَ هذه الأقوال إلى العُرف، فقال: (وعلى كلِّ قولٍ من الأقوال) المذكورة، (فالمنظورُ) إليه (العُرفُ، فالقولُ المُفتَى به) ـ وهو ما في «شرح المنظومة» ـ (نظَر إلى عُرفِ بلدِهما)، أي: الأب والبنت، من غير اعتبارِ حال الأب، (وقاضي خان نظَر إلى حال الأبِ في العُرف) من أنه هل يُعَدُّ في عُرفهم من الأشراف الذين يُجهِّزون بناتَهم ملكًا، أو من الأوساط الذين يُجهِّزونَهم عارية، (وما في «الكبرى» نظَر[1] إلى مُطلَق العُرف من أن الأب إنما يُجهِّزُ ملكًا)؛ لأن غلبةَ تجهيز الأب ملكًا لا يختصُّ بحالٍ دون حال، ولا بعُرفٍ دون عرف.

وفيه: أن ما في «الكبرى» لم ينظُر إلى العُرف، بل نظر إلى ظاهر اليد، وأيضًا: أنَّ بناء المُفتَى به على عُرف البلد يُخالِف أن المُختار أن العُرفَ الخاصَّ لا يُعتبَر، فتأمل.

[الأشياءُ على ظاهر ما جرَت به العادةُ]

(وفي «الملتقط» من البيوع: وعن أبي القاسم الصفَّار: الأشياءُ على ظاهر ما جرَت به العادة، فإن كان الغالب) في العادة (الحلالَ في الأسواق: لا يجب السؤالُ عن الحِلِّ والحُرمة، وإن كان الغالبُ الحرامَ في وقتٍ، أو كان الرجل المالكُ يأخذ المال من حيث وجَده، ولا يتأمَّل في الحرام والحلال: فالسُّؤال عنه حسَنٌ، انتهى[2]).

---

(١) في النسخ: (نظرا)، ولعل الصواب ما أثبت.

(٢) «الملتقط»، كتاب البيوع، مطلب: في السؤال عن الحل والحرمة (ص ١٩٤).

ومنه يُعلَم: لو أن أُمراء السلطان غارُوا على أغنام أهل البَوَادي والقُرى ومَرَاتِبِها، وباعُوا قُصَّابَ البلَدِ بنُقصان القيمة، وذبَحُوها في الأسواق أيامًا، وباعوها لأهل البلد، فمنهم من يسأل عند الشراء ومنهم من لم يسأل.

[فرع: يدخُل البَرْدَعَة والإكَاف في بيع الحِمار]

(وفيه)، أي: «الملتقط»، (أيضًا أن دُخول البَرْدَعَة)، بالدال والذال المعجمة، حِلْسٌ يُجعَل تحت الرَّحْل، وفي عُرفنا: ما يُركَب عليه بمنزلة السَّرج للفرس، «مصباح»[١]، والمراد هنا الأوَّلُ بدليل عطفِ (والإكاف) عليه، (في بيع الحمار مبنيٌّ على العُرف[٢])، فإن كان في عرفهم بيعُ الحمار معهما بلا ذكرِهما: يدخُل، وإلا لا.

وكذا في بيع الجارية والغلام، ففي «المجتبى»: «اشتَرى عبدًا أو جارية: دخل ثيابُ مثلها، حتى جاز للبائع تبديلُ ما عليها بلُبْسِ مثلِها. وقيل: لا يدخُل الثيابُ، وعلى البائع سَتْرُ عورتِها بما شاء».

وفي «البزازية»: «لا يدخُل الحُلِيُّ في البيع. وإن سلَّم الحُلِيَّ، وسكَت عن طلبها وهو يراها: كان لها»[٣].

وفي الوصية بعتق عبده أو أمته لا يكون لهم سوى ما يواري سَوْءَاتِهم، «ولولوالجية»[٤].

---

(١) «المصباح المنير»، كتاب الباء، الباء مع الراء، (ب ر ذ ع)، (ص ٤٣).

(٢) انظر: «الملتقط»، كتاب البيوع، مطلب: الحيلة لإسقاط الإبراء (ص ١٩٨).

(٣) «الفتاوى البزازية»، كتاب البيوع، الفصل الرابع في الفاسد، نوع في بيع الشيء في الشيء (٤/ ٣٩٧).

(٤) انظر: «الفتاوى الولوالجية»، كتاب الوصايا، أوائل الفصل السادس فيمن يجب عليه إصلاح الأرض الموصى بها بعد قلع الأشجار (٥/ ٣٨٦).

وفي الهبة يكون الثيابُ والحُليُّ للمُتصدَّق عليه، «ولو مات عن أمٍّ ولِيه لا يكون لها شيءٌ، ولكن يُستحسَن أن يُسلَّم لها قميصٌ ومِقْنَعة ومِلْحَفة»، «خزانة الأكمل»[1].

[فرع: حملُ الأَجير الأحمالَ إلى داخل الباب مبنيٌّ على العُرف]

(وفيه)، أي: «الملتقط»، (أيضًا: حملُ الأجير الأحمالَ إلى داخل الباب مبنيٌّ على التعارُف، وذكَره)، أي: الذي ذكره في «الملتقط» آخِرا، (في الإجارات[2]).

[فرع: اختلافُ المَولى والأُستاذ في تعلُّم الغلام النسيجَ]

(وفي إجارات «منية المفتي»: دفَع غلامَه إلى حائكٍ)، أي: نسَّاج، وفي «البزازية»: «الصبيُّ إذا لم يكن حائكًا ليس لمن في حجره أن يُعلِّمه الحياكة، وجاء في تفسير قوله تعالى: ﴿وَٱتَّبَعَكَ ٱلْأَرْذَلُونَ﴾ [الشعراء: ١١١]، أنهم الحوكة»[3]، (مُدَّةً معلومةً لتعليم النَّسْج، ولم يُشترَطْ الأجرُ على أحد، فلما علِم العملَ: طلَب الأستاذُ)، وهو الحائك، (الأجرَ من المَولى) لتعليم غلامِه بأمره، (والمَولى) طلَبه (من الأُستاذ) لخدمة غلامِه له، (فإن كان العُرف يَشهَد للأستاذ: يُحكَم بأجرِ مثلِ تعليم ذلك العمل على المَولى، وإن كان العُرف يشهد للمَولى: فبأجرِ خدمةِ الغلام على الأستاذ. وكذا الحكم لو دفَع ابنَه للأستاذ ليُعلِّمه صنعةً، ثم تنازَعا، انتهى) كلام «المنية».

وفي «البزازية» بعد أن نقل هذه المسألة على ما ذكره في «المنية»، قال: «وقال الإمام الحلواني: العمل الذي يستفيد المُتعلِّم فيه بعضَ ما هو مُتقوِّمٌ، حتى يتعلَّم

---

(١) انظر: «خزانة الأكمل»، كتاب الاستحسان، من «المنتقى» (٣/ ٤٥٦).

(٢) «الملتقط»، كتاب الإجارات، مطلب: حمل المكاري الأحمال (ص ٣٥٥).

(٣) «الفتاوى البزازية»، كتاب الإجارات، الفصل الثاني في صفتها، نوع في تعليم القرآن (٥/ ٣٩).

نحوَ عملِ المَغازل[١] ونَقْب الجواهر: يجب الأجرُ فيه على التلميذ، وما لم يكن من جنسه يجب على الأستاذ»[٢]، انتهى.

وحاصلُه: أن عمل التلميذ إن كان مما يَتوقَّف عليه عملُ الصَّنْعة أو يَتَّضِح فيه: لا يجب الأجرُ على الأستاذ، بل يجب له الأجرُ على التلميذ في مُقابلة تعليمه إياه، وإن لم يكن كذلك: يجب على الأستاذ أجرُ ذلك العمل.

[فرع: أُجرة حارسِ السُّوق تؤخذ من جميع أهل السوق]

(ومما بنَوه على العُرف أن أكثرَ أهلِ السُّوق)، وكذا رئيسُ السوق، «بزازية»[٣]، (إذا استأجَروا حارِسًا، وكَرِه الباقون: فإن الأُجرة تُؤخَذ من الكُلِّ)؛ لأن كونه على الكلِّ هو المعروف، فهو كالمشروط.

وبه يندفع ما قيل: لا وجه للبِناء عليه؛ لأن الكلام فيما إذا لم يقَعْ عقد إجارة، كما تفيده الأمثلةُ السابقة. وفيه: أنه لا اختصاصَ بذلك، بل الكلام فيما [لو][٤] لم يُسمِّ أجرًا، سواء وقَع العقدُ أم لم يقع، تأمل.

(وكذا في منافع القرية، وتمامُه في «منية المفتي»).

[فرع: دفع غَزْلا إلى حائكٍ ليَنسِجَه بالنصف]

(وفيها)، أي: «المنية»، (لو دفع غَزْلا إلى حائكٍ ليَنسِجَه بالنصف: جوَّزه مشايخُ بُخارى وأبو الليث وغيرُه؛ للعرف، انتهى).

---

(١) في النسخ: (الغازلي). والمثبت من «البزازية».
(٢) «الفتاوى البزازية»، كتاب الإجارات، الفصل الثاني في صفتها، نوع في الأعمال التي لا تصح الإجارة بها (٥/ ٤٧).
(٣) «الفتاوى البزازية» (٥/ ٤٨).
(٤) زيادة مقدرة لاستقامة العبارة.

واستُفيد منه تقييدُ مسألة قفيز الطَّحان بما إذا لم يَجْرِ فيها عُرفٌ، وإلا فهي جائزةٌ عند مشايخ بخارى وغيرهم، كذا في «الحموي»(١).

وفيه: أن قفيز الطحَّان مُعلَّلٌ بأنه منصوصٌ عليه، والعُرف لا يُعتبَر في مقابلة النصِّ عندهما، فلا يُقاس عليه مسألةُ النَّسْج للحائك.

وفي «الخانية»: «الفتوى على جواب الكتاب؛ لأنه لا ضرورة عليه، وهو في معنى قفيز الطحان»(٢)، ومثلُه في «البزازية»(٣)، يعني: أن مسألة النَّسج كمسألة القفيز إجارةٌ فاسدةٌ.

والحاصل: أنهم اختلفوا في هذه المسألة، فقال الإمام الشهيد: لا نأخُذ بعُرف أهل بلخ، وإنما نأخُذ بما أفتَى به أصحابنا المُتقدِّمون؛ لأن التعامُل في بلدٍ لا يدلُّ الجواز ما لم يكن على الاستمرار من الصَّدر الأول، فيكون دليلا على تقرير النبي ﷺ إياهم على ذلك، فيكون شرعًا منه، فإذا لم يكن كذلك: لا يكون فعلُهم حُجَّةً، إلا إذا كان من الناس كافَّةً في البُلدان كلها، فيكون إجماعًا، والإجماعُ حُجَّة، انتهى.

فتأمَّل هذا مع ما تقدم، فإن مقتضاه أن لا يُعتبَر الخاصُّ. وقد نقل في «المنح» أن العرف الخاص يعتبز في الأيمان، ومُقتضاه أنه لا يُعتبَر في غيره، وسيجيء.

ثم إن هذا إذا اتفقا على أن يأخذ الأجرةَ من المنسوج، فلو اتفقا على أخذ الأُجرة من الغزل: فلا يكون في معنى قفيز الطحان، فيجوز، انتهى.

---

(١) «غمز العيون» (١/ ٣١١).

(٢) انظر: «فتاوى قاضي خان»، كتاب الإجارات، باب الإجارة الفاسدة (٢/ ٣٣٠). وليس فيه ذكر للفتوى.

(٣) انظر: «الفتاوى البزازية»، كتاب الإجارات، الفصل الثاني في صفتها، نوع في إجارة الوقف (٥/ ٣٥).

[المبحث الرابع: العرف إنما يُعتبَر إذا كان مُقارِنًا، لا لاحِقًا]

(المبحث الرابع) من المباحث المُتعلِّقة بالقاعدة السادسة: (العُرف الذي يُحمَل عليه الألفاظ إنما هو المُقارِن السابقُ[1]) على وقت التلفُّظ، واستقرَّ حتى صار في وقت التلفُّظ به، (دون المُتأخِّر) عن وقت التلفُّظ الطارئ، فلا ينزل عليه اللفظُ السابق.

[قاعدة: لا عِبْرة بالعُرف الطارئ]

(ولذا يقولون: لا عِبرةَ بالعُرف الطارئ، فلذا اعتُبِر العُرفُ في المعاملات، ولم يُعتبَر في التعليق)؛ لأن مُقارَنة العُرف السابق إنما يُتصوَّر في المُعاملات؛ لأنها إنشاءُ أمرٍ في الحال، بخلاف التعليق؛ لأنه تعليقٌ لحصول الجزاء على وُقوع الشرط، وذلك أمرٌ استقباليٌّ، ووُقوعُه غيرُ معلوم، فلا يُتصوَّر فيه المقارنة، (فيَبقى على عمومه، ولا يُخصِّصُه العُرفُ الطارئُ) على التعليق؛ لأن انعقادَه إنما هو على العُرف المُقارن، لا الطارئ.

[فرع: حلف: كلُّ جارية أَشتريها فهي حُرَّة، ونوى سَفينةً جارية]

وقوله: (وفي آخر «المبسوط»: إذا أراد الرجلُ أن يَغيبَ) عن زوجته، (فحلَّفَتْه امرأتُه) على أن لا يَشتَري جاريةً، (فقال: كلُّ جاريةٍ أَشتريها فهي حُرَّة[2]، وهو)، أي: الزوج، (يعني: كلَّ سفينةٍ جارية، عمِلَتْ نيتُه، ولا يقع عليه العتقُ، قال الله تعالى:

---

(١) قال الحموي (١/ ٣١١): «قوله: إنما هو المقارن السابق، أي: السابق لوقت اللفظ، واستقر حتى صار في وقت الملفوظ به. وأما المقارن الطارئ، فلا أثر له، ولا ينزل عليه اللفظ السابق. وبهذا التقرير يندفع ما عساه يقال: كيف يكون العرف مقارنا سابقا وسقط؟ قيل: الظاهر: (أو السابق)، وسقطت (أو) سهوا».

(٢) في هامش (خ): (انظر فن الحيلي في بحث الأيمان في قول المصنف: حلفته امرأته أن كل جارية يشتريها فهي حرة... إلخ. وانظره أيضا في بحث الطلاق، انتهى).

﴿وَلَهُ ٱلْجَوَارِ ٱلْمُنشَـَٔاتُ فِى ٱلْبَحْرِ كَٱلْأَعْلَـٰمِ﴾ [الرحمن: ٢٤]، والمراد من ﴿ٱلْجَوَارِ ٱلْمُنشَـَٔاتُ﴾ السُّفُن، فإذا نوى ذلك: عمِلت نيتُه؛ لأنها)، أي: المرأة، (ظالمةٌ في هذا الاستحلاف، ونيةُ المظلوم فيما يُحلَّف عليه مُعتبَرة).

(وإن حلَّفَتْه بطلاقِ كلِّ امرأةٍ يتزوَّجُها عليها[1] فليقُلْ: كلُّ امرأةٍ أتزوَّجُها عليكِ، وهو ينوي بذلك) الحلف: (كلُّ امرأةٍ أتزوَّجُها على رقَبتِكِ)، أي: على أن أجعل رقبتَكِ مهرًا لها، (فتَعمَل نيّتُه) إذا تزوَّج عليها امرأةً وجعَل مهرَها دراهمَ، لا رقبةَ المُحلِّفة، فلا تطلُق المرأةُ المُحلِّفة، ويُصدَّق في قولِه هذا عند الدعوى؛ (لأنه نوى حقيقةَ كلامه، مع أن المرأة ظالمةٌ في هذا الاستحلاف أيضًا، (انتهى) كلام «المبسوط»[2]، ليس[3] مما يتعلَّق بهذا المبحث، بل من مسائل تخصيص العامِّ بالنية، لا من تخصيص العُرف. وقد تقدَّم أن تخصيص العامِّ بالنية جائزٌ ديانةً اتفاقًا، وقضاءً عند الخصاف، والفتوى على قوله إن كان المُحلَّفُ مظلوما، كما في هاتَين المسألتين.

فالمناسب في التفريع أن يقول: فلو تعارَف أهلُ بلده بيعَ رأسِ الغنم وأكْلَه، فقال لزوجته: إن أكلتِ رأسًا فأنتِ طالق، ثم تعارَفُوا أكْلَ رأس البقر، فأكلَت بعد تبدُّل العُرف: لا يقع الطلاق؛ لأن اليمين انعقدت على رأس الغنم بحسب العُرف المُقارِن، فلا يَتغيَّر بالعُرف المُتأخِّر، والله أعلم.

وقد تقدم أن المصنِّف قال: إن الأقارير تُبنَى على العرف إلا في ما سيذكر؛ يشير إلى هذا المحل، فأراد أن يُفصِّل منها بعضَ ما يُبتنَى وما لا يُبتنَى.

---

(١) في النسخ: (أتزوجها عليك)، والمثبت من «المبسوط».

(٢) «المبسوط»، كتاب الحيل، باب الاستحلاف (٣٠/ ٢٤١).

(٣) قوله: (ليس)، خبر لقوله: (قوله).

[مطلب: الإقرار إخبارٌ عن وجوب سابق]

(وإما الإقرار، فهو إخبارٌ عن وجوبٍ سابق). اختلفوا في الإقرار، هل هو تمليكٌ أو إخبارٌ عن وجوب سابق؟ فقيل: إنه تمليك؛ لأنه يرتَدُّ بالردِّ، ولأنه لا يصح إقرارُه لوارثه في المرض، وقيل: إخبارٌ؛ لأنه يصح الإقرارُ بالخمر للمسلم، ولأنه يصح إقرار المريض المديونِ بجميع ماله لأجنبيٍّ بدون إجازة الوَرَثة، والحقُّ الثاني، وقال في «البزازية»: «وهو الأَوجَهُ»[1]، ولذا جزَم به المصنف.

وأُجيب عن الأول بأنه إنما لزِمت تلك الأحكامُ لوجود معنى التمليك فيه، وإن كان إخبارًا حقيقةً، كالإبراء، فإنه لوجود معنى التمليك فيه يرتَدُّ بردِّ المديون أو الوارث إذا أبرَأَ الميِّت.

[فرع: أقرَّ بدراهم، ثم فسَّرها بزُيوف أو نَبهْرجة]

(وربما يتقدَّم الوجوبُ على العُرف الغالب في البلد)، فلا يكون مُقيِّدًا له؛ لأنه متأخِّرٌ عنه، فلا يصلُح مُقيِّدًا للمتقدِّم، كما قال: (ولذا)، أي: لكون الإقرار إخبارًا عن وجوب سابق، (لو أقرَّ بدراهمَ) لرجل، فقال: لفلان عليَّ كذا درهم[2]، (ثم فسَّرها أنها زُيوفٌ) يرُدُّها بيتُ المال، (أو نَبهَرجة) يرُدُّها التُّجَّارُ: (يُصدَّق إن وصَل)؛ لأن اسم الدارهم وإن تناوَلها إلا أنها عند الإطلاق تنصرف إلى الجياد، فتفسيرُه بالزُّيوف والنبهرجة تغييرٌ لأوَّلِ كلامه، فهو بيانُ تغيير، فيُصدَّق بشرطِ الوَصْل، كما قُرِّر في الأصول، فلو لم يُصدَّق في ذلك، ووجب عليه الجِيادُ المُتعارَف: لكان رجوعًا عن الإقرار، فلا يُقبَل.

---

(١) «الفتاوى البزازية»، كتاب الدعوى، قبيل فصل الاستحقاق (٥/ ٤٣٠).

(٢) في (ع) و(م) و(ب): (درهما).

وفي «الخانية»: «لو قال: لفلان عليَّ ألفُ درهم، ولم يذكُر السببَ، ثم قال: زيوفٌ أو نَبهْرجة، قال الفقيه أبو جعفر: لم يذكر هذا في «الأصل»، واختلف فيه المشايخ، قال بعضهم: هو على الاختلاف الذي ذُكر فيما إذا بيَّن السبب، وقال بعضهم: يُصدَّق في دعوى الزيافة إجماعا»[١]، انتهى؛ لأنه لم يُصرِّح في العقد، فلا يَستحِقُّ الجَودة؛ إذ لا تُستحَقُّ إلا بالعقد.

(وإن أقرَّ بألفٍ من ثمنِ مَتاعٍ أو قرضٍ: لم يُصدَّق عند الإمام) أبي حنيفة رحمه الله (إذا قال) بعد الإقرار، (هي)، أي: الألف، (زُيوفٌ أو نَبهْرجة، سواء فصَل أو وصَل[٢])؛ لأن الزَّيف والنبهرجة عيبٌ، والعقدُ يقتضي السلامةَ عن العيوب، فيكون دعواه العيبَ بعد إقراره رُجوعًا عن مقتضى العقد الذي أقرَّ به وإبطالا له، لا بيانَ تغيير، فلا يصح مطلقا، فصار كما لو قال: بعتُكَ مَعيبًا، وقال المشتري: لا، بل سليمًا، فالقول للمشتري؛ لأن مطلق العقد يقتضي السلامة، فكان الظاهرُ شاهِدًا له، بخلاف ما لو قال: له عليَّ ألفٌ من ثمنِ مَتاعٍ أو قرضٍ، إلا أنه وزنُ خمسة؛ لأنه استثناءُ القدر، فكان بيانَ تغيير، فيصِح وَصلًا، لا فَصْلا.

(وصدَّقاه)، أي: الإمامان، (إن وصَل)؛ لأن هذا القول بيانُ تغيير عندهما، لا رجوعٌ عن الإقرار، وهذا لأن اسم الدراهم يتناوَل الجيادَ والزُّيوفَ والنبهرجة، حتى لو تجوَّز به في الصَّرْف والسَّلَم: جاز، إلا أن مطلقَه يَنصرِف إلى الجياد لتعامُل الناس به، فكان مُغيِّرًا من هذا الوجه.

---

(١) «فتاوى قاضي خان»، كتاب الإقرار، فصل في الاستثناء والرجوع عن الإقرار (٣/ ١٤٣).

(٢) في هامش (ع) و(ب): (ولو قال: إلا أنها ستوقة أو رصاص، إن وصل: صُدِّق، وإن فصل: لا؛ لأن الستوقه ليست من جنس الدراهم، حتى لا يتناولها في الصرف والسلم، لكن الاسم يتناولها مجازا، فكان بيان تغيير، فصح موصولا، لا مفصولا، «د.»).

(وإن أقرَّ بألفٍ غَصْبًا أو وديعةً، ثم قال: هي زُيوف أو نَبهرجة، صُدِّق مطلقًا)، وصَل أو فصَل؛ إذ لا اختصاصَ للغَصْب والوديعة بالجِياد؛ لأن الغاصب يَغصِب ما وجَد، والمُودِع يُودِع ما يحتاج إلى حفظه، فلم يكن قولُه: زيوفٌ أو نبهرجة، تغييرًا لأوَّلِ كلامه، بل بيانٌ للنوع، فصحَّ مفصولا، لا موصولا، فلم يُحمَل فيه أيضًا على المُتعارَف، لكن لا لاحتمالِ تغيُّر العُرف، كما هو مقتضى كلام المصنِّف.

[فرع: الدعوى لا تُنزَّل على العادة، بخلاف العقد]

(وكذا الدعوى لا تُنزَّل على العادة؛ لأن الدعوى والإقرار إخبارٌ بما تقدَّم، فلا يُقيِّده العُرفُ المُتأخِّر، بخلاف العقد، فإنه)، أي: العاقد، (باشَره للحال، فيُقيِّدُه العُرفُ)، ولذا حُمِل الثمنُ المُطلَق في البيع على غالب نقدِ البلد عند اختلاف النقود رَواجًا، كما تقدم.

(قال في «البزازية» من الدعوى مُعزِيًا إلى اللامشي: إن كان النقودُ في البلد مُختلِفةً، أحدُها أَرْوَجُ: لا يصِحُّ الدعوى)، أي: دعوى النقود، ما لم يُبيِّن أيَّ نقدٍ يريد من النقوه المختلفة. وفي «الذخيرة» أنه «إذا كان وَزنيًّا، كالذهب والفضة: لا بد أن يذكر الصفةَ بأنه جَيِّدٌ أو رَدِيءٌ، وأن يذكُر النوعَ، نحوَ بُخارِيُّ الضَّرْب أو نيسابوريُّ الضرب»[1].

(وكذا لو أقرَّ بعشرة دنانير حُمْرٍ، وفي البلد نقودٌ مُختلفةٌ حُمْرٌ: لا يصِحُّ بلا بيانٍ) أيَّ نقدٍ أحمرَ يريد من النقود الحُمر[2]، ....

(١) انظر: «المحيط البرهاني»، كتاب الدعوى، الفصل الثاني في بيان صحة الدعاوى وما يسمع منها وما لا يسمع (١٥/ ٤٤٦).

(٢) في (ظ) هنا زيادة قوله: (أي: لا يكون ملزما بالعشرة ما لم يبين أنها من أي نوع، فإن لم يبين لزمه من النوع الأدنى؛ لأن المتيقن، «شيخنا». وفي كتاب الإقرار: لو أقر بمجهول صح، ولزمه البيان حتى يجبر عليه، ولو مات قبل البيان يجبر وارثه).

(بخلاف البيع، فإنه لا ينصرِف إلى الأرْوَج، انتهى) كلام «البزازية»[١].

لكن فيها بعد ما نقله عن اللامشي: «وفي «الذخيرة»: عند اختلافِ النقود في البلد والتساوي لا يصِحُّ البيعُ ولا الدعوى، وإن لأحدهما فضلٌ ورواجٌ: ينصرف إليه، ويُعتبَر كالتلفُّظ في الدعوى، فلا حاجة إلى البيان، إلا إذا طال الزمانُ من وقت الخُصومة إلى وقت الدعوى بحيث لا يُعلَم الأروجُ، فحينئذ لا بدَّ من البيان لما هو أروجُ عند العقد[٢]»[٣]، انتهى.

فعُلم منه أن ما نقله المصنِّف عنها مُقيَّدٌ بطُول الزمان وعدم العلم بالأروجِ في وقت الوجوب، فلو اختلفت النقود في الرَّواج: فدعواها كالبيع بثمن مُطلَقٍ بالحمل على الأروج، إلا إذا طال الزمانُ ولم يُعلَم الأروجُ وقت الوجوب: فحينئذ لا يصح دعواها ولا الإقرارُ بها إلا بالبيان، والله أعلم.

(وقد أوسَعنا الكلام في ذلك في «شرح الكنز» من أوَّل البيع[٤]). قد نقَل ثمَّة مسائلَ كثيرة، ولكن ليس فيها ما يفيد ما ادَّعاه من عدم صحة دعوى النقود ولا الإقرارِ بها عند اختلافها بلا بيانٍ مطلقًا، إلا ما نقله عن «البزازية» مُعزِيًا إلى اللامشي.

(ويُمكن أن يُخرَّج عليه)، أي: هذا المبحث، (مسألتان):

---

(١) «الفتاوى البزازية»، كتاب الدعوى، كتاب الإجارات، الفصل الخامس عشر في بقية مسائل الدفع والتناقض، نوع في أنواع الدعاوى (٥/ ٤٢٣).

(٢) انظر: «المحيط البرهاني» (١٥/ ٤٤٦).

(٣) «الفتاوى البزازية» (٥/ ٤٢٣).

(٤) انظر: «البحر الرائق»، كتاب البيع، مسائل متعلقة بالثمن (٥/ ٣٠٤).

[تخريج: مسألة البطالة في المدارس]

(إحداهما: مسألة البطالة) للمُدرِّسين (في المَدارس)، أي: في تعطيلهم الدرسَ فيها، (فإن استمرَّ عُرفٌ فيها)، أي: البطالة، (في أشهُرٍ مخصوصة: حُمِل عليها)، أي: على البطالة في تلك الأشهُر، (ما وقَف بعدها) المقارن لأيامِ استمرارها، (لا ما وقف قبلها).

[تخريج: شرط الواقف النظر لحاكمٍ شافعيٍّ، فصار الحاكمُ حنَفيًّا]

(والثانية منهما: ما إذا شرَط الواقفُ النظرَ للحاكم)، أي: القاضي، (وكان الحاكمُ إذ ذاك) وقتَ الشرط، (شافعيًّا، ثم صار الآن حنفيًّا، لا قاضي غيره إلا نيابةً، هل يكون النظرُ له)، أي: للقاضي الحنفي، (لأنه الحاكم، أو لا يكون له لأنه مُتأخِّرٌ، فلا يُحمَل الشرطُ المُتقدِّم عليه؟ فمُقتضى القاعدة) المُتقدِّمة من أن العُرف إنما يُعتبَر إذا كان مُقارِنًا، لا لاحِقًا، (الثاني)، أي: لا يكون النظرُ له. قيل عليه: إن[1] بعد ما كان الشرطُ للحاكم مطلقا، لا شكَّ أن يكون النظرُ له، وليس هذا من حَمْل اللفظ على العُرف المتأخِّر، بل من قَبِيل النظر إلى عُموم اللفظ والعملِ بمُوجَبه.

[فرع: حلَّفه وَالِي بلدِه: ليُعلِّمنَّه بكلِّ داعِرٍ دخَل البلد]

(ولذا قالوا في الأيمان: لو حلَّفه وَالِي بلدِه: ليُعلِّمَنَّه بكلِّ داعِرٍ)، «الدَّعَرُ، بفَتحتَين، والدَّعارةُ، بالفتح: الخبث والفِسق، وبابُه «طرِب» و«سلِم»[2]»، «مختار الصِّحاح»[3]. وفي «الخلاصة»: «هو من يقصد ليلا أموالَ الناس وأنفسَهم، أو

---

(١) كذا في النسخ.

(٢) في هامش (خ): (قوله: طرب، فمصدره دعَرًا، كـ«طرَبًا». وقوله: «وسلِم»، فمصدره دعارة، كـ«سلامة»).

(٣) «مختار الصحاح»، باب الدال (دعر)، (ص ١٠٥).

كلاهما[١]»، (دخل البلد: بطَلَت يمينُه بعَزْل الوالي، فلا يحنث إذا لم يُعلِم الواليَ الثانيَ)، أو أعلمَه بعد العَزْل[٢]، وليس هذا من قَبِيل ما نحن فيه، بل من تقييد المُطلَق بدلالة الحال.

قال في «التاتارخانية»: «ولو أن سُلطانًا حلَّف رجلا: ليَرفَعَنَّ إليه كلَّ داعرٍ يعرِفه في قبيلته فيما يُستقبَل، ثم إن الحالف عرف داعِرًا، فلم يرفعه إليه زمانًا: لم يحنَث ما دام سلطانًا، فإن لم يرفعه إليه حتى عُزِل أو مات، وقُلِّد سلطانٌ آخر: فإنه يحنث بيمينه، ولا ينفعه إذا رفعه بعد ما عُزل، إلا أن ينوي أن يرفعه إليه على كلِّ حال في السلطنة وغيرها، فيُديَّن فيما بينه وبين الله تعالى، وكذلك لا ينفعه أن يرفعه إلى السلطان الذي جاء بعده»[٣]، انتهى؛ لأن اليمين على الرفع لهذا السلطان حالَ السَّلطنة أو أعمَّ، لا إلى سلطانٍ آخر.

[فرع: حلَف: متى رأى مُنكرًا رفَعه إلى القاضي]

(ولم أرَ الآن حكمَ ما إذا حلف: متى رأى مُنكَرًا رفَعه إلى القاضي، هل يتعيَّن القاضي حالة اليمين؟) والظاهر إن حلَّفه القاضي أن يَرفَع إليه كلَّ ما رآه من المُنكَر: كان كتحليف الوالي فيما تقدَّم، فيَتعيَّن[٤]، وإن حلَف بنفسه أن يَرفَع كلَّ ما رآه من

---

(١) في هامش (خ): (قوله: أو كلاهما، على لغة من يلزم المثنى الألف، ومنه: لا وتران في ليلة، انتهى).

(٢) في هامش (خ): (قوله: أو أعلمه بعد العزل. اعلم أن يمينه تتقيد بحال ولاية الوالي، فيبر في يمينه إذا أعلمه قبل العزل، فإذا لم يعلمه حال ولايته، وأعلمه بعد العزل: يحنث، إلا إذا نوى الإطلاق، كما يأتي في عبارة «التاتارخانية». فكان الصواب للشارح أن يقول: أو لم يعلمه بعد العزل، أي: بل يكتفى في البر بإعلامه وقت الولاية، وتنحل يمينه بعد العزل، فتأمل).

(٣) «الفتاوى التاتارخانية»، كتاب الأيمان، آخر الفصل السادس عشر في الحلف على ما يقع على الملك القديم والحادث (٦/ ٢٥٠ ـ ٢٥١).

(٤) في هامش (خ): (قوله: فيتعين، أي: فيتقيد بحال ولايته، انتهى).

المنكر إلى القاضي، فإن نوى مُعيَّنًا: عمِلت نيَّته، وإلا عمَّ الكلَّ، والله أعلم.

[فرع: وقَف بلدًا على الحرم، وشرط النظر للقاضي: اختلفوا في التعيين]

(ومن هذا النوع)، أي: قريبٌ منه، (لو وقَف بلدًا)، أي: أعشارَ بلدٍ، (على الحرم الشريف، وشرَط النظرَ للقاضي، هل ينصرف إلى قاضي الحرمِ، أو) إلى (قاضي البلدةِ الموقوفة، أو) إلى (قاضي بلد الواقف؟ ينبغي أن تُستخرَج) تلك المسألةُ (من مسألة ما لو كان اليتيمُ في بلدٍ، ومالُه في بلد آخرَ، فهل النظرُ فيه لقاضي بلدِ اليتيم، أو لقاضي بلدِ مالِه؟ صرَّحُوا بالأوَّل[1])، أي: كون النظر في ماله لقاضي بلدِه.

بل اختلفوا فيه، قال في «البزازية»: «نصَب وصيًّا في تركةٍ، والأيتامُ في ولايته، لا التركة، أو على العكس، أو بعضُ التركة في ولايته، لا البعض، هل يصير وصيًّا في كلِّها؟ قال شمس الأئمة: يُعتبَر التظالُمُ والاستعداءُ، وقال رُكن الإسلام: ما كان في ولايته من التركة يصير وصيًّا، وقال القاضي: الشرطُ كونُ اليتيم في ولايته، لا التركة، وفي الوقف كونُ المُدَّعى عليه في ولايته، وعليه يدلُّ

---

(١) في هامش (خ) و(م): (قوله: صرحوا بالأول... إلخ. قال أبو السعود: قال الغزي: أقول: وكذا صرحوا بالثاني. وقيل: يعتبر التظالم والاستعداء، فهذه ثلاثة أقوال، فينبغي أن يجري الخلاف أيضا في مسألتنا. قال في «الفصول»: القاضي إذا نصب وصيا في تركة أيتام لم يكونوا في ولايته، والتركة ليست في ولايته، أو كان بعضها في ولايته والبعض ليس فيها، قال شمس الأئمة الحلواني: يصح النصب على كل حال، ويعتبر التظالم والاستعداء، ويصير الوصي وصيا في جميع التركة أينما كانت التركة، وقال ركن الإسلام علي السغدي: إذا كانت التركة في ولايته يصير وصيا، وإلا فلا. وقيل: يشترط لصحة النصب كون اليتيم في ولايته، ولا يشترط كون التركة في ولايته... إلخ، فراجعه، انتهى. وقال البيري: أقول: الذي يظهر أن يكون النظر لقاضي بلد الواقف؛ لأنه هو الذي يتناوله عند الإطلاق، ولا وجه لما ذكره، أي: المصنف؛ لأن ذلك فيما إذا لم يعين، وهنا قد عين، انتهى).

ما ذكره القاضي. قاضٍ نصَب قيِّمًا ليتيم، وله ضَيعةٌ ببُخارى، فباعَها الوصيُّ: يصح»[١]، انتهى.

(فينبغي أن يكون النظرُ لقاضي الحرم)؛ لأن الموقوف عليهم الذين هم في مقابلة اليتيم في المسألة الأُولى فيه، بل ينبغي أن يكون التصحيحُ فيه مُختلفًا أيضًا، نظرًا إلى ما قاله البزَّازيُّ.

وقال أيضًا: «نصَب مُتوليًا في وقفٍ ليس في ولايته: لا يصح، وكذا إذا كان الواقف والموقوفُ عليه ليسَا في ولايته، فإن كان الموقوفُ عليه في ولايته، كطلبة العلم، أو الرِّباط، أو المسجد، لا ضَيعة الوقف، قال ركن الإسلام: يصح إذا كان المَقضيُّ عليه حاضِرًا[٢]، وقال الإمام الحلواني: يُعتبَر التظالُم والمُرافعة. وفي «مجموع النوازل» ما يُوافقه. قال قاضي سمرقند: نصَب قيِّمًا في محدودِ وقفٍ ببُخارَى، والمُدَّعَى عليه بسمرقند: يصِحُّ الدَّعوى والسِّجِلُّ»[٣]، انتهى.

فعُلِم منه أن مسألة الوقف مُصرَّحة، لا من تخريجات المُصنِّف، على أنه قد قاسَ على القول الثالث المُمرَّض بصيغة التمريض[٤]، والله أعلم.

(ويمكن أن يقال: الأرجحُ كونُ النظر) في الوقف (لقاضي البلد الموقوفة؛ لأنه أعرفُ بمَصالِحها، فالظاهر أن الواقف قصَده)، وبه تحصُل المَصلحةُ، كما أن قاضي

---

(١) «الفتاوى البزازية»، كتاب أدب القاضي، الفصل التاسع في نصب الوصي (٥/ ٢١٩ - ٢٢٠).

(٢) في هامش (ع): (يعني الموقوف عليه في ولايته).

(٣) «الفتاوى البزازية»، كتاب أدب القاضي، الفصل التاسع في نصب الوصي (٥/ ٢١٩).

(٤) في هامش (خ): (قوله: على القول الثالث الممرض... إلخ. أنت خبير بأن المصنف لم يذكر صيغة تمريض، ولا الشارح أيضا. نعم؛ ذكره أبو السعود نقلا عن الغزي، كما في الهامش المكتوبة في الصفحة قبل هذه، فانظرها. وكلام هذا الشارح يقضي منه العجب، عفا الله عنه، انتهى).

البلدة أعرفُ بمصالح البلدة، وكذلك قاضي الحرم أعرفُ بمصالحه وبمصالح الموقوف عليهم، وهذه المعرفة أيضًا من مصالح الوقف.

وفي «الحاشية الحموية»: «قال بعضُ الفُضلاء: وهذا هو الحقُّ الذي لا شُبهة فيه، والفرقُ بينه وبين مسألة اليتيم ظاهرٌ لذَوِي الطبع»[1]، انتهى.

[لكن في «البيري»: «الذي يظهر أن يكون النظرُ لقاضي بلد الواقف؛ لأنه هو الذي يتناوله عند الإطلاق»[2]][3].

[فرع: تنازَعا عند قاضٍ في عَقار في ولايةِ قاضٍ آخَر]

(وقد اختلفوا فيما إذا كان العَقارُ لاقَى)، من المُلاقاة، فلا حاجة إلى القول بأن «لا» زائدة[4]، كذا قيل، (ولايةَ القاضي، وتنازَعا فيه عند قاضٍ آخَرَ، فمنهم من لم يُصحِّحْ قضاءَه) في ذلك العقار الذي لاقى ولايتَه، (ومنهم من ينظُر إلى التداعي والترافُع، واختَلف التصحيحُ في هذه المسألة[5])، وصحَّح في «الخلاصة» صحة

---

(١) «غمز العيون» (١/ ٣١٤).

(٢) «عمدة ذوي البصائر» (١/ ٢٦٢).

(٣) ما بين المعقوفتين في (ظ) فقط.

(٤) وتكون العبارة حينئذ: إذا كان العقار في ولاية القاضي.

وفي هامش (خ): (قوله: بأن «لا» زائدة. وجه الزيادة أن قوله: «عند [قاض] آخر»، يعين زيادتها، انتهى. وبقراءتها «لاقى» من الملاقاة، يمنع الزيادة، ويبقى قوله: «عند قاض آخر» في محله، انتهى).

(٥) في هامش (خ): (قوله: واختلف التصحيح في هذه... إلخ. نقل في «حاشية الدر المختار» عن «البحر» أنه لا يشترط أن يكون المتداعيان من بلد القاضي إذا كانت الدعوى في المنقول والدين. وأما إذا كانت في عقار لا في ولايته، فالصحيح الجواز، كما في «الخلاصة» و«البزازية». وإياك أن تفهم خلاف ذلك، فإنه غلط، انتهى ما نقله).

قضائه، وكذا في «أدب القاضي» للخصَّاف. ففي «الخلاصة»: «قاضيانِ في مصرٍ واحد، لكل منهما الحكمُ في نصف المصر، ادَّعى رجلٌ في محلَّة هذا القاضي على رجل في محلة القاضي الآخر، عند أبي يوسف: يُعتبَر حالُ المُدَّعِي، وعند محمد: العِبْرةُ للمُدَّعى عليه، وهو الصحيح»[١].

ولو كان الدعوى في عَقار موضعُهُ في ولاية الآخَر: ليس للقاضي أن يقضي على المُدَّعَى عليه بقَصْر يدِه عنه وتسليمِه إلى المُدَّعِي؛ لأنه لا ولاية له عليه. وعلى هذا الخلاف، الدَّينُ والعين الحاضر؛ لأن ولايته ثابتةٌ عليه.

قال رحمه الله تعالى: والصحيح أن ولاية القاضي في المحدود تصِحُّ وإن لم يكن المحدودُ في ولايته، فيقضِي القاضي ويكتُب إلى القاضي الذي هو في ولايته أن يُسلِّمَه إليه[٢]، انتهى.

وهكذا في «البزازية» أيضًا[٣].

ومقصودُ المصنف من هذا النقل تأييدُ ما ذكره من كون النظر لقاضي البلدة الموقوفة، للخلاف في صحة القضاء في عقارٍ ليس في ولايته.

---

(١) وعليه الفتوى. انظر: «خلاصة الفتاوى»، كتاب القضاء، الفصل الرابع فيما يتعلق بقضاء القاضي؛ الجنس الثالث: ليس لقاضي الجند ولاية على غير أهل العسكر (٤/ ٢٤).

(٢) المذكور هنا عبارة «الفتاوى البزازية» بتصرف. وأما «خلاصة الفتاوى»، فعبارتها (٤/ ٢٤): «فإن اختصم غريبا من أهل ولاية أخرى عند قاضي أهل هذه البلدة، قال: يصح قضاؤه، ويكون بمنزلة التحكيم بينهما».

(٣) انظر: «الفتاوى البزازية»، كتاب أدب القاضي، الفصل الرابع فيما يتعلق بقضائه، نوع في عمله (٥/ ١٦١).

[تنبيه: المُعتبَر في بناء الأحكام العُرفُ العامُّ]

(تنبيه: هل المُعتبر في بناء الأحكام العُرفُ العامُّ، أو مُطلَقُ العُرف ولو كان خاصًّا؟ المذهبُ) المختارُ (الأوَّلُ).

(قال في) نوع المُتفرِّقات من (إجارات «البزازية» مُعزِيًا إلى الإمام البخاري الذي خُتِم به الفقه: الحكم العامُّ لا يثبُت بالعُرف الخاصِّ، وقيل: يثبت، انتهى[1]).

وإنما قال البخاريُّ ذلك في معرض الجواب عن التمسُّك بعُرفِ بُخارَى في جوازِ ما يَحتال به المُقرض عن مَبَرَّة الإقراض المُفضَّل على الصدقة لأخذِ حُطامٍ يسير من استئجار المُقرِض[2] على حفظِ عينٍ قيمتُه ليس أزيدَ من الأُجرة.

قال في «البزازية»: «وعلَّل الإمام البُخاريُّ الذي خُتِم به الفقه بأن صحة الإجارة بالتعارُف العامِّ، حتى صحَّ استئجارُ المِرْآة ليَرى وُجوهَ الناس، لا الخابيةِ بالماء، وإن اشتَركا في تحصيل المقصود؛ للافتراق بالتعارُف وعدمه. قيل له: تعارَفَه أهلُ بُخارَى، قال: الحكمُ العامُّ لا يثبُت بالعُرف الخاصِّ في المذهب، وقيل: يثبُت»[3]، انتهى.

وهل يثبُت الحكمُ الخاصُّ بالعُرف الخاصِّ؟ قيل: نعم، ومنه ما تقدَّم في المدارس الموقوفة على درس الحديث، ولا يُعلَم مرادُ الواقف فيها، هل يُدرَّس فيها علمُ الحديث الذي هو معرفةُ المُصطَلح، أو يُقرَأ متنُ الحديث، حيث قيل فيه باتِّباع اصطلاحِ كلِّ بلدة.

---

(١) انظر: «الفتاوى البزازية»، كتاب الإجارات، الفصل الثاني في صفتها، نوع في الأعمال التي لا تصح الإجارة بها (٥/ ٥١).

(٢) أي: استئجار المستقرِضِ المقرِضَ.

(٣) «الفتاوى البزازية»، كتاب الإجارات، الفصل الثاني في صفتها، نوع في الأعمال التي لا تصح الإجارة بها (٥/ ٥١).

[فرع: استئجارُ المُستقرِض المُقرِضَ لحفظِ عينٍ قيمتُها لا تزيد على الأُجرة]

(ويَتفرَّع على ذلك)، أي: على كون الحكم العامّ لا يثبُت بالعُرف الخاصّ، (لو استقرَض ألفًا، واستأجَر) المُستقرِضُ (المُقرِضَ) لأجل حِلِّ المُرابَحة في القرض بلا ربا، (لحفظ عينٍ من مِرآةٍ أو مِلعَقة، كلَّ شهرٍ بعشرة، وقيمتُها)، أي: قيمة كلِّ واحد من المِرآة أو الملعقة، (لا تزيد على الأَجر)، يُفهَم منه أنها لو كانت قيمتُها مقدار أجر الحفظ وزيادة أنه تصِحُّ الإجارة بالاتفاق، إن لم يكن مشروطًا في القرض، وبه صرَّح في «القنية»، (ففيها ثلاثةُ أقوال)، والمُعتمَد منها يَتفرَّع على ما ذُكر:

القول (الأوَّل) منها: (صحةُ الإجارة) المذكورة بلا كراهة؛ (اعتبارًا للعُرف الخاصِّ ببُخارى).

(و) القول (الثاني: الصحةُ مع الكراهة)، وقولُه: (للاختلاف)، عِلَّةٌ للكراهة، فإن القائلين بها قالوا: لأنا لو قلنا بعدم الجواز يقع الناسُ في الرِّبا المَحض، والكراهةُ باعتبارِ أن البعض لم يُجوِّزُوه، فيكون مُجتهَدًا فيه، فيلزم شُبهةُ[1] الرِّبا بناءً على دليلِ غيرِ المُجوِّز، كما في «البزازية»[2].

(و)القول (الثالث: الفسادُ)، أي: فساد الإجارة؛ (لأن صحة الإجارة) على خلاف القياس، وإنما صحَّت (بالتعارُف العامِّ) ضرورةَ حاجةِ الناس في عُموم الأزمان والأحوال، (ولم يُوجَد ذلك)، أي: التعارُف العامُّ في استئجار المُقرِض لحفظِ عينٍ من مرآةٍ ونحوها، أي: وعند عدم التعارُف تنعدِم الصحة.

---

(١) في النسخ: (شبه). والمثبت من «البزازية».

(٢) انظر: «الفتاوى البزازية»، كتاب الإجارات، الفصل الثاني في صفتها، نوع في الأعمال التي لا تصح الإجارة بها (٥/ ٤٩).

(وقد أفتى الأكابرُ)، كالقاضي بديع الدين والإمام نجمِ الأئمَّة البخاريِّ، (بفسادِها)، أي: الإجارة المذكورة.

وعليه، يَتفرَّع على ما ذُكر[١].

(و)ذكر (في «القنية» من باب استئجار المُستقرِض المُقرِضَ: التعارُفُ الذي يثبُت به الأحكامُ لا يثبُت بتعارُف أهلِ بلدة واحدةٍ عند البعض، وعند البعض) الآخر (وإن كان يثبُت) به الأحكامُ (لكن أحدَثه)، أي: استئجار المُستقرِضِ المُقرِضَ، (بعضُ أهل بُخارى، فلم يكن مُتعارَفًا مُطلقًا)، لا بالتعارُف العامِّ ولا بتعارُف أهلِ بلدة، (كيف) لا يكون كذلك، (و)الحال (أنَّ هذا الشيءَ)، أي: استئجار المقرض، (لم يَعرِفه عامَّتُهم)، أي: عامَّة أهل بخارى، (بل تعارَفه خَوَاصُّهم، فلا يثبُت التعارُفُ بهذا القدر)، أي: تعارُف الخواصِّ، (انتهى).

(قال) صاحبُ «القنية» (رحمه الله تعالى: وهو الصَّوابُ، انتهى)؛ لأن الإجارة بيعُ منفعةٍ معدومة، وجُوِّزت على مُنافاة الدليل للحاجة، فإذا ورَدت على ما لا يحتاج المستأجِر إلى استيفاء منافعه: لا تجوز الإجارةُ، والمُستقرِضُ إذا استأجَر المُقرِضَ ليحفظَ سِكِّينًا غيرُ محتاج إلى هذا العقد إلى حفظِ[٢] السِّكِّين، بل إنما استأجَره ليَتوصَّل به إلى المُرابحة، وإذا كان على مُنافاة الدليل، وانعدمت الحاجةُ المُجوِّزة: فلم تجُزْ تلك الإجارة، بخلاف بيع العِينة، فإنه على وَفْق الدليل؛ لأنه

---

(١) في هامش (خ): (قوله: وعليه يتفرع على ما ذكر. صوابه: وهو الذي يتفرع على ما ذكر، أي: على ما ذكره المصنف. وخيبة الله على الناسخ أو على المؤلف إن كان هكذا، وهو ما قدمه بقوله: والمعتمد فيها، أي: في الأقوال، يتفرع على ما ذكر، انتهى تقرير من هداه الله لفهم الفقه).

(٢) كذا في النسخ. ولعل الأولى: (لحفظ).

بيعُ موجودٍ مملوكٍ له بالتراضي، وقد قال الله تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡ﴾ [النساء: ٢٩].

[فرع: ليس لأهل بلدة التواضُعُ على زيادة سَنَجاتهم]

(وذكَر فيها)، أي: «القنية»، (من باب الكراهية قُبيلَ كتاب التحرِّي: لو تواضَع أهلُ بلدةٍ على زيادة في سَنَجاتِهم)، بالصاد والسين، قال في «المصباح»: «سَنْجَة: الميزان، مُعرَّب، والجمعُ سَنَجَات، كسَجْدة وسَجَدات. قال الأزهريُّ: قال الفرَّاء[1]: بالسين، ولا يقال بالصاد، وعكَس ابنُ السِّكِّيت، وتبِعه ابنُ قُتيبة، فقالا: صَنْجة: الميزان، بالصاد، ولا تقال بالسين»[2].

وقولُه: (التي يُوزَن بها الدَّراهم والإبريسمُ)، صفةٌ كاشِفة لحقيقة الصَّنَجات، (على مُخالَفة سائر البُلدان، أن ليس لهم ذلك، انتهى) ما في «القنية».

فدلَّ هذا أيضًا على عدم اعتبار العُرف الخاصّ.

[فرع: إجارةُ حمَّالٍ بقفيز من الطعام، أو حائكٍ بثُلُث الغَزْل: فاسدةٌ]

(في إجارة «البزازية»: وفي إجارة «الأصل»: استأجَر) حمَّالًا (ليحمِل طعامَه بقفيزٍ منه: فالإجارةُ فاسدةٌ)؛ قياسًا على فقيز الطحان، أو بدلالة النصِّ الوارد فيه، (ويجب أَجرُ المِثل، ولايتجاوَز المُسمَّى به المسمى).

(وكذا) الحكمُ (لو دفَع غَزْلًا إلى حائكٍ على أن يَنسِجَه بالثُّلُث) مثلا، أي: فالإجارة فاسدةٌ، ويجب أجرُ المِثل لا يتجاوَز المُسمَّى.

---

(١) في النسخ: (الفراهي). والمثبت من «المصباح المنير».

(٢) «المصباح المنير»، كتاب السين، السين مع النون، (س ن ج)، (ص ٢٩١).

(ومشايخ بَلْخ وخوارزم أفتَوا بجوازِ إجارةِ الحائك للعُرف، وبه أفتى أبو عليٍّ النسفيُّ أيضًا)، وقال أبو الليث: وبه نأخُذ.

(والفتوى على جواب «الكتاب»)، أي: «الأصل» على عدم جواز إجارة الحائك للعُرف؛ لأن مسألة الحائك والحمَّال إما بالقياس على قفيز الطحَّان أو بدلالة النصِّ، وعلى التقديرَين فالقياسُ ودلالةُ النصِّ لا يجوز تركُهما بالعُرف الخاصِّ.

«وقال السيِّد الإمام الشهيد: لا نأخُذ باستحسان مشايخ بلخ، وإنما نأخُذ بقول مشايخنا المُتقدِّمين؛ لأن التعامُل في بلدٍ لا يدلُّ على فعل الجواز ما لم يكُن على الاستمرار من الصَّدْر الأوَّل، فيكون ذلك دليلا على تقرير النبيِّ ﷺ إياهم على ذلك، فيكون شرعًا منه، فإذا لم يكن كذلك: لم يكن فعلُهم حُجَّة، إلا إذا كان كذلك من الناس كافَّة في البُلدان كلِّها، فيكون إجماعًا، والإجماعُ حُجَّة؛ ألا ترى أنهم لو تعامَلوا على بيعِ الرِّبا والخمر: لا يحِلُّ»[1]، انتهى.

(لا الطحَّان)، عطفٌ على الحائك، أي: لم يُفتُوا بجواز إجارةِ الطحَّان بقفيزَين من دقيقه للعُرف، والحيلةُ في ذلك: أن يَشترِط للطحَّان قفيزَين من دقيقٍ، ولا يُضِيفُه إلى هذا الدقيق.

(لأنه منصوصٌ عليه)، لنهيه عليه الصلاةُ والسلام عنه، (فيلزَم) في الإفتاء بجوازِه (إبطالُ النصِّ) الوارِد فيه، والنصُّ لا يُبطَل بالعُرف، (انتهى) كلامُ «البزازية»[2].

ومقصودُه من هذا النقل عدمُ اعتبار العُرف الخاصِّ، حيث كان الفتوى على خلافه.

---

(١) «عمدة ذوي البصائر» (١/ ٢٦٤).

(٢) «الفتاوى البزازية»، كتاب الإجارات، الفصل الثاني في صفتها، نوع آخر في إجارة الوقف (٥/ ٣٥).

[فرع: بيعُ الوَفاء]

(وفيها)، أي: «البزازية»، (من البيع الفاسد، في الكلام على بيع الوَفاء، في القول السادس) من الأقوال التِّسعة فيه (من أنه)، أي: بيع الوفاء إذا لم يُذكَر في البيع شرطُ الردِّ عند أداء الثمن إلى المشتري، (صحيحٌ) في حقِّ المشتري، حتى يَملِك الإنزال، وفي حقِّ البائع رهنٌ، فلم يملك المُشتري[1] تحويلَ يدِه وملكه إلى غيره، ويُجبَر على الردِّ إذا أحضَر الدَّينَ؛ لأنه كالزَّرافة[2] مُركَّبٌ من البيع والرهن، وكثيرٌ من الأحكام له حُكمان، كالهبة حالَ المرَض وبشرطِ العِوَض[3].

قال: وجعلناه كذلك (لحاجة الناس إليه فِرارًا من الرِّبا، فبلخٌ[4] اعتادُوا الدَّينَ والإجارة)، أي: إجارة الأملاك ليَستوفِيَ الدائنُ الدَّينَ من أُجرتِها، (وهي)، أي: الإجارة، (لا تصِحُّ في الكَرْم)؛ لعدم التعارُف، فلم يندفِع بها حاجةُ مَن لا مِلكَ له غيرُ الكَرْم، (وبُخارى[5] اعتادوا الإجارةَ الطويلة، وهي لا تُمكِن في الأشجار)، كَرْمًا أو غيرَه.

---

(١) في هامش (خ): (قوله: فلم يملك المشتري... إلخ. عبارة «البزازية»: حتى لم يملك الشاري بيعه من آخر، ولا رهنه، ولم يملك قطع الشجر، ولا هدم البناء، وسقط الدين بهلاكه. وما في «الشرح» عبارة أخرى في «البزازية»، فكلامه صدق وصحيح، وما نقلناه عبارة أخرى فيها، انتهى).

(٢) في هامش (خ): (قوله: كالزرافة؛ فإن فيها صفة البعير والبقر والنمر، وهذا البيع فيه صفة البيع الفاسد، حتى لكل منهما الفسخ، وفيه صفة البيع الصحيح، كحل الإنزال ومنافع البيع، وفيه صفة الرهن، حتى لم يملك المشتري بيعه من آخر، فهو مركب من العقود الثلاثة، كالحيوان المسمى بالزرافة، انتهى).

(٣) انظر: «الفتاوى البزازية»، كتاب البيوع، الفصل الرابع في الفاسد، نوع فيما يتصل بالبيع الفاسد (٤/ ٤٠٧ـ ٤٠٨).

(٤) أي: أهل بلخ.

(٥) أي: أهل بخارى.

وما استخرجه الشيخ محمدُ بنُ الفضل من أنه إذا أراد أن يُؤجِّر الكَرْم إجارةً طويلة يَبيعُ الأشجار من الذي يُريد الاستئجارَ بثمنٍ معلوم، ثم يُؤاجِر الأرضَ مُدَّةً معلومة ثلاث سنين أو أكثر، غير ثلاثةِ أيام من آخِر كلِّ سنةٍ، بمالٍ معلوم، على أن يكون أجرُ كلِّ سنةٍ من السِّنين غيرِ الأيام المُستثنَيات منها من تلك الأُجرة كذا، وبقية مال الإجارة يكون بمُقابَلة السَّنة الأخيرة، وأن يكون لكل واحدٍ منهما ولايةُ فسخِ الإجارة في أيام الخِيار، ولها وجهٌ آخَرُ ومباحثُ شريفةٌ مذكورةٌ في «الخانية»[١]: فقد ردَّه البعض[٢]، فكان القولُ السادسُ في بيع الوفاء من ذلك البعض، كما يُشعر قوله: (فاضطرُّوا) إلى التخلُّص عن الربا (إلى بيعها)، أي: الأشجار، (وفاءً، وما ضاقَ على الناس أمرٌ إلا اتَّسَع حكمُه، انتهى) كلام «البزازية»[٣].

ومقصوده من هذا النقل أن عُرفَ بُخارى وبلخٍ لا يُعتبر، ولذا فرُّوا منه إلى العُرف العامِّ، وهو بيعُ الوفاء.

[المذهب عدم اعتبار العُرف الخاصِّ، وكثير من المشايخ أفتى باعتباره]

(فالحاصل) من هذا كُلِّه (أن المذهب المُختارَ عدمُ اعتبار العُرف الخاصِّ، لكن أفتَى كثيرٌ من المشايخ باعتباره)، أي: العرف الخاصِّ.

[فرع: حقُّ خُلوِّ الحوانيت مُعتبر لعُرف أهل القاهرة]

(فأقول: على اعتباره ينبغي أن يُفتَى بأن ما يقع في بعض أسواق القاهرة من خُلُوِّ الحوانيت) حقٌّ (لازمٌ، ويصير الخُلُوُّ في الحانوت حقًّا له)، أي: لمُستأجِر

---

(١) انظر: «فتاوى قاضي خان»، كتاب الإجارات، فصل في الإجارة الطويلة (٢/ ٣٠٣ ـ ٣٠٤).

(٢) خبر لقوله: (وما استخرجه).

(٣) «الفتاوى البزازية»، كتاب البيوع، الفصل الرابع في الفاسد، نوع فيما يتصل بالبيع الفاسد (٤/ ٤٠٧ ـ ٤٠٨).

الحانوت، (فلا يَملِك صاحبُ الحانوت إخراجَه)، أي: المُستأجِر، (منها)، أي: الحوانيت، (ولا إجارتَها لغيره، ولو كانت) الحوانيتُ(وقفًا). هذا غريبٌ منه مع التصريح بخلافه، كذا قيل[1].

(وقد وقَع في حَوَانيت الجملون بالغَوْرِيَّة أن السلطان الغَوْري لما بناها أسكَنها للتُّجّار)، أي: أسكَن التُّجّارَ فيها، (وجعل لكل حانوتٍ قدرًا) من الدراهم بمُقابَلة الخُلُوّ، (وكتَب ذلك) القدرَ (بمكتوب الوقف).

وحاصل ما ذكره: إنْ اعتُبِر العُرفُ الخاصُّ: فالخلوُّ مُعتبَرٌ، ويُعتبَر حقًّا لازمًا، ويَترتَّب عليه الأحكام المذكورة، وإلا فلا، والمُفتَى به عدمُ اعتباره.

[مطلب: الاختلافُ في بيع الخُلُوِّ]

ثم اعلَم أنهم اختلفوا في بيع الخُلُوِّ، فمنهم من منعه، ومنهم من جوَّزه.

واستدلَّ المُجوِّز بمسائل، منها ما في «واقعات الضريري»، قال: «رجلٌ في يده دُكّان، فغابَ ورفَع المُتولِّي أمرَه إلى القاضي، فأمر القاضي بفَتْح دُكّانه وإجارته، ففعل المُتولِّي ذلك، وحضَر الغائب: فهو أَولى بدُكّانه، وإن كان له خُلُوٌّ: فهو أَولى بخُلُوِّه أيضًا، وله الخيارُ بذلك، إن شاء فسَخ الإجارةَ وسكَن في دُكّانه، وإن شاء أجازَ الإجارةَ ورجَع بخُلُوِّه على المُستأجِر، ويُؤمَر المُستأجِر بأداء ذلك إن رضِي به، وإلا يُؤمَر بالخُروج من الدكان»، انتهى.

ومنها ما ذكره في «الفصولَين»: «اشترى سُكنَى وقفٍ، فقال المتولي: ما أذِنتُ

---

(١) في هامش (خ): (قوله: كذا قيل، مردود، كما في «أبي السعود»، ويأتي، أي: أن هذا تفريع منه على خلاف المذهب، وأنه، أي: المفرع، خلاف المذهب، فلا منافاة بين تفريعه وتصريحه بخلافه؛ لأن تصريحه مبني على ما هو المذهب، والتفريع على خلاف المذهب بيانا لثمرة الخلاف، انتهى).

له[١] بالسُّكنى، فأمَره[٢] بالرفع، فلو اشتراه بشرطِ القرار: فله الرجوعُ[٣] على بائعه[٤]، وإلا فلا رجوعَ عليه، لا بثمنه ولا بنُقصانه»[٥].

ومنها ما ذكره في فصل العُيوب من «الخانية»: «رجلٌ باع سُكنَى له في حانوتٍ لغيره، فأخبَره المشتري أن أُجرة الحانوت كذا، فظهر أن أُجرة الحانوت أكثرَ من ذلك، قالوا: ليس له أن يَرُدَّ السُّكنَى بهذا العيب؛ لأن هذا ليس بعيبٍ في الحانوت»[٦].

فعُلِم من استدلالهم بهذه المسائل أن المراد بالخُلُوِّ السُّكني، لا ما قيل: إنه عبارةٌ عما يَملِكُه دافعُ الدراهم من المنفعة التي وقَع الدراهمُ في مقابلتها.

أما دلالةُ استدلالهم بالمسألتَين الأَخِيرتَين، فظاهرٌ.

وأما استدلالُهم بمسألة «الضريري»، فلأنه[٧] عطف «وإن كان له خُلُوٌّ: فهو أَولى بخُلُوِّه» على ما قبله، يدلُّ على أن المراد بالخُلُوِّ ليس ما يملِكه المُستأجِر من المنفعة، بل غيرها؛ لأن العطف يقتضي المغايرة، والمراد بالمعطوف هو السكنى. ويدل عليه أيضًا قوله: ورجَع بخُلُوِّه على المستأجِر.

والمراد بالسُّكنى ما يكون مُركَّبًا في الحوانيت والدار من الخشَب والحجَر، لا

---

(١) في هامش (م): (أي: للبائع، انتهى، «رد المحتار»).

(٢) في هامش (م): (أي: أمر المشتري، انتهى، «رد»).

(٣) في هامش (م): (أي: بالثمن، كما في «الحموي»).

(٤) في هامش (م): (قوله: فله الرجوع على بائعه، أي: لأن البيع إذا وقع بهذا الشرط يقع فاسدا، وإلا فهو صحيح، فلا رجوع على البائع بشيء، انتهى، «ابن عابدين»).

(٥) «جامع الفصولين»، الفصل السادس عشر في الاستحقاق والغرور وما يتعلق به (١/ ١٦٠).

(٦) «فتاوى قاضي خان»، كتاب البيوع، فصل العيوب (٢/ ٢٠٣).

(٧) كذا في النسخ، ولعل الأولى: (فلأن).

المُساكَنة المَحضة، كما تُوُهِّم. ويدل عليه ما ذكره في «العمادي» في الفصل الحادي عشر حيث قال: «إذا ادَّعى سُكنى دارٍ أو حانوتٍ، وبيَّن حُدودَه: لا يصح؛ لأن السُّكنى نقليٌّ، فلا يُحَدُّ، وذكر رشيدُ الدين في «فتاواه»: وإن كان السُّكنى نقليًا، لكن لما اتصل بالأرض اتصالَ قرارٍ وتأبيدٍ: كان تعريفُه بما به تعريفُ الأرض؛ لأن في سائر النقليَّات إنما لا يكون تعريفُه بالحدود؛ لأن الإحضار يمكن، فوقع الاستغناءُ عنه بالإشارة إليه عند ذكرِ الحدود. وأما السُّكنى، فلا يمكن؛ لأنه مُركَّبٌ في البناء تركيبَ قرارٍ، فالتحَق بما لا يمكن نقلُه أصلا»، انتهى. وهكذا في «الفُصولَين»[1].

فظهر أن السُّكنى عبارةٌ عن الأعيان المُركَّبة في الحانوت، لا عن المنفعة التي هي من قَبِيل المعنى.

وقال بعضهم: المراد بالخُلُوِّ العمارةُ، كأن يكون حالَ الوقف مُشرِفًا إلى الخراب، فآجَره المُتولِّي لمن يَعمُره، فعمَره المُستأجِر: يكون ما صرَفه فيه خُلُوًّا له، ويصير شريكًا للوقف بما زادَتْه عِمارتُه، مثلا لو كانت أُجرةُ الحانوت قبل عمارته درهمًا، وزادت عليه بعدها درهمَين: تُقسَم الأجرة عليهما بالثُّلُث والثُّلُثَين، فالثُّلُثُ للمُتولِّي والثُّلُثَان لصاحب الخُلُوِّ.

فظهر منه أن الخُلُوَّ هو الأعيانُ المركَّبة في الحانوت، مثل السكنى، فلا فرقَ بينهما في المعنى، بل هما مُترادِفان، وليس هو عبارةً عن المنفعة، كما زعم الأجهوري المالكيُّ، فيجوز على هذا بيعُ خُلُوِّ الحانوت، وتوريثُه، وإيفاءُ دَينِ صاحبه بعد الموت، ووقفُه، كما في «أوقاف الناصحي»، كذا قيل[2].

---

(١) انظر: «جامع الفصولين»، الفصل السابع في تحديد العقار ودعواه وما يتعلق به (١/ ٦٨).

(٢) انظر: «عمدة ذوي البصائر» (١/ ٢٦٥).

وفيه: أن الخُلُوَّ، القولُ ببَيعه وتوريثه ووقفِه مُخالفٌ للمذهب، ولو اعتُبِر العُرفُ الخاصُّ؛ لأنه إن كان عبارةً عن المنفعة: فالأمر ظاهرٌ، وإن كان عبارةً عن الأعيان المُركَّبة: فإن المذهبَ أن صاحبَ الحانوت إن كان آجَر الحانوتَ إيجارًا صحيحًا: فليس له أن يَستخلِصَ الحانوتَ من يد المُستأجِر قبل تمام مُدَّةِ الإجارة بلا مُسوِّغٍ شرعيٍّ، وبعد تمامها فصاحبُ الحانوت مُخيَّر، إن شاء آجَر الحانوتَ للمستأجِر الأوَّل، وإن شاء آجَره لغيره. وإن كان آجَره إيجارًا فاسدًا: فلكلٍّ منهما فسخُه والإيجارُ له أو لغيره.

وليس للمستأجر الأوَّل خُلُوٌّ بمعنى المنفعة أصلا، وإلا لزم الحَجْر على الحُرِّ المُكلَّف، كما هو مُصرَّحٌ به.

وإن كان له خُلُوٌّ بمعنى الأعيان المُركَّبة: فذلك لصاحب الحانوت إن صرَف في عمارته شيئًا من ماله بإذن صاحبِ الحانوت، وله الرجوعُ عليه بقيمة تلك الأشياء المَصرُوفة مَبنيًّا، وإن كان صرَفه بغير إذنه: فالخُلُوُّ لصاحب الحانوت، وهو مُخيَّرٌ، إن شاء أمَره بالقلع وأن يُعطِيَ قيمته مَقلُوعًا، فيَتملَّكُه إن أضرَّ قلعَه.

وكذا للمُتولِّي أن يُؤجِّر حانوتَ الوقف بعد انتهاء مُدَّة الإجارةِ لآخَرَ، وليس للمستأجِر الأوَّل أن يَمنَعه إن لم يكن له خُلُوٌّ. وإن كان له خُلوٌّ، فإن كان بإذن المُتولِّي: فهو للوقف، ويلزم المُتولِّي أن يُعطي له قيمةَ الخُلُوِّ من غَلَّات الوقف؛ لأنه صرَفه بإذنه حسبَ حاجةِ الوقف، وإن كان بدون إذنه: فله أن يقلَعه إن لم يضُرَّ القَلْعُ الوقف، وإلا فإن شاء أعطاه قيمتَه مقلوعًا من غَلَّة الوقف، ويكون ذلك للوقف إن كان أنفعَ للوقف، وإلا فليس له أن يقلَعه، بل يتأخَّر إلى أن يخلُصَ خُلُوُّه من الوقف من غير ضرَرٍ للوقف ولو بعد مائة سنة، هو المذهب، كما دلَّ عليه مسائلُ كتاب الإجارات ومسائلُ ذُكِرت في حيطان «الخلاصة» و«البزازية».

فإذا كان ما ذُكر مُخالفًا للمذهب كيف يجوز أن يُفتَى به؟

وأما ما استدل به المُجوِّز من «واقعات الضريري»، فغايةُ ما يدلُّ عليه الأَوْلَوِيَّةُ، لا اللُّزوم، والمُدَّعَى هو اللُّزوم، ولأن معنى قوله: وإن كان له خُلُوٌّ، أي: أعيانٌ مُركَّبةٌ في الحانوت: فهو أولى بخُلُوِّه إن كان صرَفه بغير إذنِ صاحب الحانوت؛ إذ لو كان صرَفه بإذنه فالخُلُوُّ له.

ثم كونُه أَولى به إن كان القلعُ غيرَ مُضِرٌّ لصاحب الحانوت، وإلا فهو لصاحب الحانوت أيضًا، وله الرجوعُ بقيمته مقلوعًا، وإن لم يَضُرَّه فله قلع الخلو.

هذا ليس هو المُدَّعى، وإنما المُدَّعى لزومُ الخُلُوِّ له بمعنى أنه يَتصرَّف في الحانوت مع صاحبه في إيجاره ويُشرِكه في أُجرته حسب خُلُوِّه، ويمنع صاحبُ الحانوت من الإيجار لغيره، ولا دلالة فيه على هذا.

وأما مسألة «الفصولين»، فلا دلالة فيها على المُدَّعى أيضًا، فإن غاية ما يدلُّ عليه أن صاحبَ الخُلُوِّ إن بناه بغير إذنِ المُتولِّي يَستحِقُّ القلعَ، وإن بناه بإذنه يكون للوقف، كما هو المذهب، وكذا الحالُ في مسألة «الخانية».

والأصلُ أن هذه المسائل مُقيَّدةٌ بقُيود تنطبِق على المذهب، فلا يجوز الإفتاء ببيع الخُلُوِّ ولا لزومه، بناءً على العُرف الخاصِّ، والله سبحانه أعلم.

[فرع: التنازل عن الوظائف بمالٍ يُعطَى لصاحبها]

(وكذا أقول: على اعتبار العُرف الخاصِّ تعارَفَ الفقهاءُ بالقاهرة النُّزولَ عن الوظائف بمالٍ يُعطَى لصاحبها، وإنما يُعطِيها المَنزولُ له، وتعارَفوا على ذلك، فينبغي الجوازُ)؛ بناءً على اعتبار العُرف الخاصِّ.

وقال العيني في «فتاواه»: وليس للنُّزول في الأصل شيءٌ يُعتمَد، ولكن العلماء

والحُكّام مشَوا على ذلك للضرورة؛ لأن الوظيفة التي بيدِ الشخص لا يملك رقبةَ الذي يتناوله من[(١)] الرَّيع[(٢)]، فإذا لم يَملِك فكيف نزولُه لآخَرَ يصِحُّ ولا يملِكُ إلا الرَّيعَ، ولا يملك النزول عن الرَّيع الذي ما استحقَّه في ذلك الوقت، فكيف يصِحُّ؟ لكنهم مشَوا على ذلكِ واشترطُوا فيه إمضاءَ الناظر في ذلك.

ثم إن النزول المذكور إن أمضاه الناظرُ الذي له النظرُ العامُّ لا يبقى فيه نزاعٌ، وأفتى العلامةُ قاسم بأن مَن فرَغ عن وظيفته سقَط حقُّه منها، سواء قرَّر الناظرُ المَنزولَ له أو لا، وقد جرى العرفُ بمصر بالفراغ بالدراهم، ولا يخفى ما فيه، وينبغي الإبراءُ العامُّ بعده.

(و)ينبغي (أنه لو نزَل له، وقبَض منه المَبلغَ، ثم أراد المَنزولُ له الرُّجوعَ عليه)، أي: النازِل القابِض لذلك المبلغ: **(لا يَملِك ذلك)**؛ بناءً على جواز الاعتياض والقبض؛ بناءً على اعتبار العُرف الخاصِّ، وقد علمتَ عدمَ اعتباره.

«قيل عليه: كيف يُفتَى بجوازه وإنه ليس إلا رِشْوة؟ والعُرف إنما يُعتبَر[(٣)] إذا لم يكن نصٌّ بخلافه، وإلا لزم تحليلُ ما تعارَفه العَوامُّ وبعضُ الخوَاصِّ من المُنكَرات»[(٤)]، انتهى، تأمَّل.

ويُناقِض ما ذكره هنا ما صرَّح به في أوَاخِر البيوع من هذا الكتاب، بأن **الحُقوق المُجرَّدة لا يجوز الاعتياضُ عنها**، وتفرَّع على ذلك عدمُ جواز الاعتياض عن الوظائف بالأوقاف، وصرَّحوا في كتاب الشُّفعة بأنه لا يجوز الصُّلحُ عن الشفعة

---

(١) كذا في (م). وفي (ع): (يتناول منه). وفي (خ): (يتناوله منه).
(٢) في هامش (م): (أي: من ريعها، انتهى).
(٣) في النسخ: (يقر). والمثبت من «غمز العيون».
(٤) «غمز العيون» (١/ ٣٢٣).

على عِوَضٍ ماليٍّ؛ لأنه ليس للشفيع إلا مُجرَّدُ حقِّ التمليك بلا ملك، والاعتياض بمالٍ عن الحقوق المُجرَّدة لا يجوز؛ لأنه رشوة. وكذا لا يجوز للمرأة المُخيَّرة الصُّلحُ مع الزوج على مالٍ عن اختيارها.

وفي «البزَّازية»: «له عَطاءٌ في الدِّيوان، مات عن ابنَين، فاصطَلحا على أن يُكتَب[1] في الدِّيوان اسمُ أحدِهما ويأخذ العَطاء هو، والآخَرُ لا شيء له من العَطاء، ويَبذُل له مَن كان له العطاءُ مالا معلومًا: فالصُّلح باطلٌ، ويردُّ بدلَ الصُّلح، والعطاءُ للذي جعَل الإمامُ العطاءَ له؛ لأن الاستحقاق للعطاء بإثبات الإمام، ولا دخَلَ له لرِضَى الغير وجَعْلِه، غيرَ أن السلطان إن منع المُستحِقَّ: فقد ظلَم مرَّتين في[2] قضيته: بحِرمان المُستحِقِّ، وبإثباتِ غيرِ المُستحِقِّ مقامَه»[3]، انتهى.

قال في «الحمَوية»: «ولقد رأيتُ كثيرًا من المَوالي مُجمِعين على جواز النُّزول عن الوظائف بقولِ المُصنِّف هنا، وأنت خبيرٌ بأن المُصنِّف غيرُ ثَبْتٍ في أمثال هذه المَواضع، فلا مَعتبَرَ[4] بقوله»[5]، انتهى.

وهذا لا حاجةَ إليه لما علمتَ أن المُصنِّف نصَّ على أن المذهب عدمُ اعتبار العُرف الخاصِّ، ونقَل اعتبارَه على صيغة التمريض وخلاف المذهب، ثم فرَّع على عدم اعتباره فروعًا كثيرة، ثم إنه على القول بخلاف المذهب واعتباره يَتفرَّع

---

(١) في النسخ: (يكون). والمثبت من «البزازية».

(٢) قوله: (في)، ليس في النسخ، ومثبت من «البزازية».

(٣) «الفتاوى البزازية»، كتاب الصلح، الفصل الثاني في الدين، نوع فيما يشترط قبضه في المجلس (٦/ ٣٨).

(٤) كذا في «غمز العيون». وفي النسخ: (تغتر).

(٥) «غمز العيون» (١/ ٣٢٣).

ذكره، وما تفرَّع على خلاف المذهب فهو خلافُ المذهب، والمُصنِّف ليس بجازم في الحكم حتى يُعترض عليه بأنه غيرُ ثَبْت، بل صرَّح بما هو الحقُّ أوّلا، وصرَّح بضَعْفِ خلافه، ثم صرَّح بأنه على القول بهذا القول المُخالِف للمذهب يَتفرَّع ما ذكر، يعني لا وجهَ له في الفقه إلا هذا، وهذا ضعيفٌ، فالمُفرَّعُ مثلُه، انتهى، فلا مُخالفةَ لما سيأتي.

«والحاصل أن في أصل النُّزول عن الوظائف نظرًا ظاهرًا، وأصولُ المذهب تقتضي عدمَ صحتِه، وإن أفتى العلامةُ قاسم بجوازه.

وذكَر الشيخ العينيُّ[١] أنه يمكن أن يُحكَم بصحة النُّزول عن الوظائف الدِّينية قياسًا على ترك المرأة قَسْمَها لصاحبتها؛ لأن كلًّا منهما مُجرَّدُ إسقاط. وأما جوازُ الاعتياض، فمُخالفتُه لأصول المذهب أشدُّ، وإن استخرج العلامة عليٌّ المقدسي[٢] جوازَه من فرع ذكره في «المبسوط»، وهو أن العبد المُوصَى برقَبته لشخصٍ وبخدمته لآخَر لو قُطِع طرَفُه، أو شُجَّ بمُوضِحة، فأدَّى الأرش، فإن كانت الجنايةُ تُنقِص الخدمةَ: اشتَرى به عبدًا آخَر يخدمه، أو يضُمُّ إلى ثمن العبد بعد بيعِه، فيَشتري به عبدًا آخَر يقوم مقامَ الأوَّل، فإن اختلفا في بيعه: لم يُبَعْ، وإن اصطلحا على قسمة الأرش بينهما نصفَين: فلهما ذلك، ولا يكون ما يستوفيه المُوصَى له بالخدمة من الأرش بدلَ الخدمة؛ لأنه لا يملك الاعتياض عنها، ولكنه إسقاطٌ لحقِّه به، كما لو صالح مُوصًى له بالرقبة على مالٍ[٣] ليسلم العبدُ له، انتهى.

---

(١) في «شرح نظم درر البحار»، في باب القسم بين الزوجات، كما ذكره الحموي في «غمز العيون» (١/ ٣٢٣).

(٢) في كتابه المسمى بـ«الرمز شرح نظم الكنز». انظر: «غمز العيون» (١/ ٣٢٣).

(٣) يدفعه للموصى له بالخدمة.

قال: فرُبَّما يشهَد هذا للنُّزول عن الوظائف بمالٍ»[١]، انتهى.

قيل: في هذا الاستخراج نظرٌ؛ إذ لا يلزم من جواز اقتسامِهما الأرشَ المأخوذ من الجاني برَضاهما ومن لزوم إسقاطِ حقِّه بسبب ذلك جوازُ الاعتياض عن حقِّه، كيف؟! وقد صرَّح بعدم جوازه بقوله: لأنه لا يملك الاعتياضَ عنها، والمُقرَّر هنا جوازُ الاعتياض عن حقِّه بحيث لا يملك الرُّجوعَ بعد إعطاء المال، ولا دلالة في تلك المسألة عليه، انتهى[٢].

[فرع: دخول السُّلَّم غير المركب في البيت المَبيع بالقاهرة دون غيرها]

(وقد اعتبروا عُرفَ القاهرة في مسائل، منها ما في «فتح القدير» من دخول السُّلَّم) الغير المُركَّب في البيت **(في بيع البيت المَبيع بالقاهرة)**. وأما المُركَّب في البيت، فلا احتياجَ فيه لعُرف القاهرة.

قال في «الفتح»: «والأصلُ أن كلَّ ما كان في الدار من البناء، أو مُتَّصِلا بالبناء تبعًا لها فيدخُل في بيعها تبعًا لها، كالسُّلَّم المُتَّصِل، والسُّرُر، والدَّرَج المُتَّصِلة، والحجَر الأسفلُ من الرَّحا، ويدخل الأعلى[٣] أيضًا استحسانًا»[٤].

وفي «الخانية»: «وتدخُل السَّلاليم في بيع البيت والدار إن كانت مُركَّبة؛ لأنها من جملة الدار، فإن لم تكن مُركَّبة اختلفوا فيه، والصحيح أنها لا تدخُل»[٥]، انتهى.

---

(١) «غمز عيون البصائر» (١/ ٣٢٣).

(٢) انظر أيضًا «عمدة ذوي البصائر» للبيري (١/ ٢٦٦ـ ٢٦٧).

(٣) أي: الحجر الأعلى من الرحا.

(٤) «فتح القدير»، كتاب البيوع، فصل: من باع دارا دخل بناؤها في البيع (٦/ ٢٨٠).

(٥) «فتاوى قاضي خان»، كتاب البيوع، باب ما يدخل في البيع من غير ذكره (٢/ ٢٣٦ـ ٢٣٧).

(دون غيرِها)، أي: القاهرة؛ (لأن بيوتَهم)، أي: أهل القاهرة، (طبَقاتٌ، لا يُنتفَع بها إلا به)، أي: السُّلَّم، بخلافِ بُيوتِ غيرِها.

[القواعدُ الكُليَّة السِّتَّة]

(وقد تمَّتْ القواعدُ الكُليَّة) التي يندرج تحتها قواعدُ أُخَر، (وهي)، أي: تلك القواعد الكلية، (ستٌّ) قواعد:

(الأُولى) منها: (لا ثوابَ إلا بنِيَّة. الثانية: الأُمورُ بمَقاصِدها. الثالثة: اليقين لا يزول بالشكِّ. الرابعة: المَشقَّة تجلِب التيسير. الخامسة: الضَّرَرُ يُزال. السادسة: العادة مُحكَّمة).

* * *

[النوع الثاني من القواعد الكلية]

(والآن نَشرَع في النوع الثاني من القواعد، هو)، أي: النوع الثاني، (في قواعِدَ كُليَّة ينخرِجُ عليها ما لا ينحصِر من الصُّوَر الجُزئية). قيل: لم نجد وجهًا لتنويعِه القواعدَ إلى هذَين النَّوعَين، مع عدم امتياز كلٍّ منهما بما يخُصُّه دون الآخر.

[القاعدة الأولى: الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد]

القاعدة (الأُولى) من قواعد النوع الثاني: (الاجتهاد لا يُنقَض بالاجتهاد).

هو لغةً: بَذْلُ الطاقة في تحصيلِ ذي كُلْفةٍ، فلا يقال: اجتهَد في تحصيل نواةٍ مثلا، واصطلاحًا: بذلُ الطاقة من الفقيه في تحصيل حُكمٍ شَرعيٍّ ظَنِّيٍّ، كذا في «التحرير»[1]. وقيِّد بالظَّنِّي لأنه لا اجتهادَ في القطعيِّ.

وليس هذا تعريفًا للاجتهاد مطلقًا، بل للاجتهاد في الحكم الشرعي العمَليِّ الظنيِّ؛ إذ ما يقع من بَذْل الوُسْع في العقليَّات من الأحكام الشرعية الاعتقاديَّة اجتهادٌ عند الأُصوليِّين، غيرَ أن المُصيب فيها واحدٌ.

والأحسنُ في التعريف حَذْفُ قَيْدِ «ظني»، فيشمل العمَليَّات والاعتقاديَّات، تأمَّل.

«وهذا هو المراد بقولهم في تعريفه: بذلُ المجهود لنيل المقصود.

---

(1) انظر: «التحرير» مع «التيسير»، المقالة الثالثة في الاجتهاد وما يتبعه (٤/ ١٧٨ ـ ١٧٩).

وشرطُ الاجتهاد أن يَحْوِيَ العلمَ بالكتاب[١]، فيعرف معانيه لغةً وشريعةً، فيفتقر إلى اللُّغة والصَّرْف والنَّحْو والمعاني والبيان، إلا أن يعرف ذلك بحسب السَّليقة، ويفتقر إلى المعاني المُؤثِّرة في الأحكام، مثلا يعرف بأن المراد بالغائط في قوله تعالى: ﴿أَوۡ جَآءَ أَحَدٞ مِّنكُم مِّنَ ٱلۡغَآئِطِ﴾ [النساء: ٤٣]، الحدَث، وأن علَّة الحكم خروجُ النجاسة، ويعرف أقسامَه من الخاصِّ والعامِّ، والمُشترَك والمُجمَل والمُفسَّر، إلى غير ذلك مما صُرِّح به في الأصول، ويعرف الناسخَ والمنسوخ؛ وبالسُّنَّة[٢] بأن يعرفها بمَتْنها لُغةً وشريعةً، كما مر، وسنَدها من تواتُرٍ أو شُهرةٍ أو آحادٍ، ومعرفة حالِ الرُّواة، إلا أن البحث عن أحوال الرُّواة في زماننا كالمُتعذِّر؛ لطُول المدة، فالأَولى الاكتفاءُ بتعديل أئمَّة الحديث؛ وبوُجوه القياس، شرائطِها وأحكامها وأقسامِها، والمقبول منها والمردود، وكل ذلك ليتمكَّن من الاستنباط الصحيح؛ وبالإجماع.

ولا يشترط علمُ الكلام، ولا علمُ الفقه؛ لأنه نتيجةُ الاجتهاد وثمَرتُه، إلا أن مَنصِب الاجتهاد في زماننا إنما يحصُل بمُمارَسة الفروع، فهي طريق الوصول إليه في هذا الزمان، ولم يكن الطريقُ في زمان الصحابة ذلك.

ثم هذه الشرائطُ إنما هي في حقِّ المجتهد المطلق. وأما المجتهد في حكمٍ دون حكم، فعليه ما يتعلَّق بمعرفة ذلك الحكم»، كذا في «التلويح»[٣].

[دليل قاعدة الاجتهاد: الإجماع]

(ودليلُها)، أي: هذه القاعدة، (الإجماعُ)؛ فإنهم أجمَعوا على أن كلَّ مجتهدٍ

---

(١) في هامش (ع): (أي: يعرف القدر المتعلق بمعرفة الأحكام).

(٢) أي: وأن يحوي العلم بالسنة.

(٣) انظر: «التلويح على التوضيح»، القسم الأول في الأدلة الشرعية، الركن الرابع القياس، باب الاجتهاد (٢/ ٢٣٤ ـ ٢٣٦).

يجب عليه العملُ باجتهاده، ولا يَترك اجتهادَه بمن يُساوِيه أو بمن هو دونه.

[مطلب: اجتهاد الصحابة والتابعين]

واعلَم أنهم اتفقوا على أن اجتهاد الصحابيِّ لا ينقُض باجتهادِ صحابيٍّ آخَر، ولا باجتهادِ مَن بعدهم من التابعين من المجتهِدين، ولا يُنقض اجتهادُ التابعين بمن مثلُهم وبمن بعدهم، وكذا تبَعُ التابعين بمثلهم وبمن بعدهم؛ لأن الشيء لا ينقض بمثله ولا بما هو دونه.

واختلفوا في اجتهاد التابعين ومن بعدهم من سائر المجتهدين، هل ينقُض باجتهاد الصحابي؟

قال أبو بكر الرازي وأبو سعيد البردعي وجماعةٌ من أصحابنا: إنه ينقض، ويكون اجتهادُ الصحابي ومذهبُه حُجَّةً عليه، ويجب له تقليدُه وتركُ اجتهاده وقياسِه، وهو قولُ الشافعي في روايةٍ، ومالكٍ، وأحمدَ، ومُختارُ فخر الإسلام وشمسِ الأئمة وأبي اليُسر، قال أبو سعيد: وعلى هذا أدركنا مشايخَنا.

وقال الكرخي: لا ينقض، ولا يجب تقليدُه وتركُ اجتهاده إلا فيما لا يدرك بالاجتهاد والقياس، وإليه مال القاضي أبو زيد وجماعةٌ من أصحابنا.

وقال الشافعي في قوله الجديد: لا يُقلِّد أحدًا منهم، ولا يكون قولُه واجتهادُه حُجَّةً على الآخَر من المجتهدين مُطلقًا، سواء كان مما يُدرَك بالقياس والاجتهاد أو كان مما لا يُدرَك، وإليه ذهب الأشاعرةُ والمعتزلة.

[عملُ أئمَّتنا الثلاثة في تقليد اجتهادِ الصحابِي]

واختلف عملُ أصحابنا الثلاثة هنا، ولم يثبُت عنهم روايةٌ ظاهرة، فقال أبو

يوسف ومحمد: إعلامُ رأس المال في السَّلَم، أي: تسميةُ مقدارِه، ليس بشرطٍ فيما إذا كان رأسُ المال مُشارًا إليه؛ لأن الإشارة أبلغُ في التعريف من العبارة، والتسميةُ والإعلام بالعبارة يصِحُّ بالإجماع، فكذا بالإشارة، فعمِلا بالقياس.

وقد رُوي عن ابن عمر اشتراطُه[1]، فأبو حنيفة عمِل بمذهب ابن عمر، وقال: يُشترَط إعلامُ رأسِ المال في السَّلَم، وقال: «بلغنا عن ابن عمر»[2].

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف في الحامل: إنها تُطلَّق ثلاثًا للسُّنَّة؛ قياسًا على الآيِسة والصغيرة، وقد رُوي عن جابر وابن مسعودٍ أنها لا تُطلَّق للسُّنَّة إلا واحدة، وبه أخذ محمدٌ؛ عمَلًا بمذهب الصحابي دون القياس[3].

وقال أبو يوسف ومحمد في الأجير المُشتَرك: إنه ضامنٌ لما تلَف في يده بسببٍ يمكن الاحترازُ عنه، كالسرقة ونحوها، وروَيا ذلك عن الصحابي[4]. وخالف أبو حنيفة عملًا بالقياس، فقال: إنه أمينٌ، فلا يضمَن[5].

---

(١) روى الإمام محمد في «الأصل»، كتاب الصلح، باب الصلح الفاسد (١٠/ ٦١٤)، عن أبي يوسف، عن حصين عن محمد بن زيد الشيباني، قال: سألت ابن عمر، فقلت: إني أسلم إلى رجل ألف درهم، وأقول: إن أعطيتني برًّا فبكذا، أو شعيرا بكذا. فقال: «سم في كل نوع منها ورقا مسمى، فإن أعطاك وإلا فخذ رأس مالك». ومثله في «مصنف ابن أبي شيبة» برقم (٢١٨١٦).

(٢) «الأصل» للإمام محمد، كتاب البيوع والسلم (٢/ ٣٧٩).

(٣) انظر: «الأصل» للإمام محمد، كتاب الطلاق (٤/ ٣٩٢).

(٤) روى الإمام محمد في «الأصل»، كتاب الإجارات (٣/ ٤٣٠) عن عمر رضي الله عنه أنه كان يضمن الصناع ما أفسدوا من متاع الناس أو ضاع على أيديهم. وروى نحوه عن علي رضي الله عنه أيضا.

(٥) ولأبي حنيفة قول صحابي أيضًا، فقد روى الإمام محمد في «الأصل»، كتاب الإجارات (٣/ ٤٣٠ - ٤٣١) عن أبي جعفر، أن عليًا لم يكن يضمن الأجير. وروى مثله الإمام أبو يوسف،

[حكم التقليد للمجتهد]

وفي «التحرير»: «المجتهد بعد اجتهاده ممنوعٌ من التقليد فيه اتفاقًا، والخلاف إنما هو في تقليده لغيره قبل اجتهادِه، والأكثرُ على أنه ممنوعٌ من تقليد غيره مطلقًا، وإليه ذهب أبو يوسف، ومحمد، ومالكٌ، وعامَّةُ الشافعية، وظاهرُ نصِّ الشافعيِّ، وأحمدُ، واختاره الرازيُّ والآمدي وابنُ الحاجب.

وما رُوي عن أبي يوسف: أنه لو صلَّى بالناس الجمعة، وتفرَّقوا ثم أُخبِر بوجود فأرةٍ ميتةٍ في بئرِ حمَّام اغتسل منه، فقال: نأخُذ بقول أصحابنا من أهل المدينة: إذا بلَغ الماءُ قُلَّتَين لا يحمل خبثًا، لا يُنافي ما ذُكر؛ لجواز أن يكون مرادُه من قوله: نأخُذ بقول أصحابنا الذين اقتدَوا به، يعني نأخُذ في حقِّهم بعد التفرُّق، ومن هذا لا يلزم عدمُ[1] إعادته تقليدًا لمذهب الغير، فتدبَّر.

ورُوي عن أبي حنيفة وإسحاق والثوريِّ أنه ممنوعٌ من التقليد إلا إذا تعذَّر، إما بالعجز عن وجه الاجتهاد، وإما بالخوف عن الفَوت.

وقيل: لا يُمنَع عن التقليد قبل الاجتهاد مطلقًا فيما يخُصُّه وفيما يُفتِي به، سواء تعذَّر عليه الاجتهاد أو لا، وعليه الثوريُّ وأبو حنيفة، على ما ذكر الكرخي والرازي.

وقيل: يُمنَع فيما يُفتِي به، لا فيما يَخُصُّه، أي: يريد العملَ به من غير أن يُفتِي به، وحُكي هذا عن أهل العراق.

في «الآثار»، برقم (٧٢١).

(١) في النسخ: (كون). والمثبت من «تيسير التحرير». وفي هامش (خ): (قوله: كون إعادته، تراجع هذه العبارة، فإنه يتبادر لي اختلالها، انتهى). وهو كما قال.

وقيل: يُمنَع فيما يخُصُّه أيضًا، إلا أن يَخشى الفَوتَ، كأن ضاقَ وقتُ الصلاة، والاجتهاد فيها يُفوِّتُها، وعن أبي حنيفة روايتان، إحداهما: الجوازُ على ما تقدَّم، والأُخرى: المنع.

وعن محمد أنه يُقلِّد مُجتهِدًا أعلمَ منه، لا أدونَ منه ولا مُساوِيًا.

ورُوي عن الشافعي في القديم أنه يجوز أن يُقلِّد صحابيًّا راجِحًا في نظره على غيره ممَّن خالف من الصحابة، فإن استوَوا الصحابةُ في نظره: تخيَّر.

وقيل: يجوز تقليدُه أبا بكرٍ وعمرَ رضي الله عنهما.

وقيل: يجوز تقليدُ الصحابة دون غيرهم إلا عمر بن عبد العزيز.

وقيل: يجوز تقليدُ الصحابة والتابعين دون غيرهم.

والحقُّ المنعُ مطلقًا؛ لأن جواز التقليد حكمٌ شرعيٌّ، فيَفتقِر إلى دليلٍ شرعيٍّ، ولم يثبُت، والأصلُ عدمُه.

ومُنِع بأن الجوازَ مَرجِعُه الإباحةُ الأصليَّة، بمعنى عدم ترتُّب العِقاب على التقليد، وهي ليست بحُكمٍ شرعيٍّ، فلا يحتاج إلى دليل، ولم يثبُت، فلا يثبت.

فإن قيل: رُوي عن أبي حنيفة أنه يجوز للقاضي المُجتهد أن يَقضِي بغير رأيِه ذاكِرًا له، ولو قضَى: ينفُذ قضاؤه، فيبطُل بهذا نقلُ الاتفاق على المنع بعده؛ إذ ليس التقليدُ إلا العمل أو الفتوى بقولِ غيره، والقضاءُ برأي الغير يَتضمَّن العمل والفتوى مع زيادة إلزام، وجعل في «الخانية» هذه الروايةَ أظهرَ الرِّوايات[1]؛ لأن رأيه يحتمِل الخطأ وإن كان الظاهرُ عنده هو الصواب، ورأي غيره يحتمل الصوابَ وإن كان

---

(١) انظر: «فتاوى قاضي خان»، كتاب الدعوى والبينات، فصل فيما يقضى في المجتهدات (٢/ ٤٥١).

الظاهرُ عنده هو الخطأ، فهو قضاءٌ في محلٍّ مُجتهَدٍ فيه، فينفُذ، وبه أخذ الصدرُ الشهيد وغيرُه، فقد صحَّ أن نفاذَ القضاء مذهبُ أبي حنيفة، ومثلُه في «العمادية»، فهو الصحيح من مذهبه: أُجيب بأن النفاذ بتقدير الفعل(١) لا يوجب حِلَّه(٢)، فالقضاءُ برأي الغير حرامٌ عنده، فقد اتفق مع القوم في المنع عن التقليد، نعم؛ ذكر صاحبُ «المحيط» في بعض المواضع أن الخلاف في النفاذ، وفي بعضٍ أنه في الحِلِّ، لكن لا يلزم أن المُعوَّل الحِلُّ، بل يجِب ترجيحُ رواية النفي(٣) للحِلِّ؛ لأن المجتهد مأمورٌ باتِّباع ظنِّه إجماعًا»(٤)، كذا في «التحرير» و«شرحه»، فليُتأمَّل.

[دليل آخر لقاعدة الاجتهاد]

وقوله: (وقد حكَم أبو بكر رضي الله عنه في مسائلَ، وخالَفه عمرُ رضي الله عنه فيها)، أي: تلك المسائل، (و)مع ذلك (لم ينقُض) عمرُ (رضي الله عنه حُكمَه)، أي: أبي بكر رضي الله عنه، دليلٌ آخَرُ للقاعدة، وهذا بالاستقراء.

وقد يُستدَلُّ على القاعدة باستقراء جُزئيَّاتِها، ومن جُزئيَّاتِها أيضًا أنه «صحَّ أن عمر رضي الله عنه لما كثُرت أشغالُه قلَّد القضاءَ أبا الدَّرداء، واختصَم إليه رجلان، فقضى لأحدهما، ثم إن المَقضِيَّ عليه(٥) لقِي عمرَ رضي الله عنه، فسأل عن حاله،

---

(١) أي: على تقدير وقوع القضاء.

(٢) أي: الفعل.

(٣) في النسخ: (القضاء). والمثبت من «تيسير التحرير». وفي هامش (خ): (قوله: رواية القضاء للحل، تراجع؛ فإنها مختلة ظاهرا، انتهى).

(٤) انظر: «التحرير» مع «التيسير»، المقالة الثالثة في الاجتهاد، مسألة: المجتهد بعد اجتهاده في حكم ممنوع من التقليد لغيره (٤/ ٢٢٧ ـ ٢٣١).

(٥) في النسخ: (له). والتصحيح من «التبيين».

فقال: قضى عليٌّ، فقال له: لو كنتُ أنا مكانَه لقضيتُ لك، فقال له: ما يمنعُك من القضاء؟ فقال: ليس هناك نصٌّ، والرأي مُشترَكٌ»، «زيلعي»(١)، يعني: ولا مَزِيَّةَ لأحد الرأيَين على الآخَر.

[تعليلٌ لعدم نقض الاجتهادِ الأوّل بالثاني]

(وعلَّله)، أي: عدم نقضِ الحكم الأوّل، (بعضُهم بأنه ليس الاجتهادُ الثاني بأقوى من الأوَّل، وأنه)، أي: النقض، (يُؤدِّي إلى أن لا يَستقِرَّ حكمٌ)؛ لجواز أن يَجِيءَ قاضٍ يَرى خلافَ ذلك الحكم فيَنقُضَه، فيَلزم التسَلسُل. ومن ثَمَّة اتفق علماؤُنا على أنه لا يُنقَض حكمُ الحاكم في المسائل المُجتهَد فيها، وإن قلنا أن المُصِيب واحدٌ؛ لأنه غيرُ مُتعيَّن.

(وفيه)، أي: عدم الاستقرار، (مَشقَّةٌ عظيمةٌ) على الناس فيكون مدفوعًا.

(وهذا التعليل) المذكور (أَولى من قوله) بدله (في «الهداية»: لأن اجتهادَ الثاني كاجتهاد الأوَّل، وقد ترجَّح) الاجتهادُ (الأوَّل باتصال القضاءِ، فلا ينقُض بما دونه، انتهى) كلامُ «الهداية»(٢).

وبيَّن وجهَ الأَوْلوِيَّة بقوله: (لأنه)، أي: الشأن، (يَكفِي) التعليلُ (بأن) الاجتهاد (الثاني كالأول، ولا حاجةَ إلى ترجيح الأوَّل بغير السَّبْق)، فيكون قولُه: باتصال القضاءِ به، مُستدرَكًا، والترجيح بالسَّبْق لم يُذكَر في التعليل الأوَّل أيضًا، (مع ما أورَده في

---

(١) «تبيين الحقائق»، كتاب القضاء، باب كتاب القاضي إلى القاضي وغيره (٤/ ١٨٨).

(٢) «الهداية» مع «فتح القدير»، كتاب أدب القاضي، باب كتاب القاضي إلى القاضي، فصل في قضاء المرأة (٧/ ٣٠٤).

«العناية» على قوله أنَّ الأوَّل ترجَّح باتصال القضاء)، يعني: الترجيح باتصال القضاء مع كونه غيرَ محتاج إليه قد أُورِد عليه (بأنه ترجيحُ الأصل بفرعه)، وهو غيرُ صحيح؛ (لأن الأصل في القضاء رأيُ المجتهد، فكيف يَترجَّح بالقضاء؟) وهذا الإيرادُ الثاني وإن كان مدفوعًا بما أشار إليه بقوله: (وإن أجاب عنه في «العناية» بأن الفرع يُرجِّح أصلَه من حيث بقاؤُه)، أي: الأصل عند وجودِ ما يرفعه من أصل آخر بلا فرع، فإن الشيءَ المُساوِي لا يرفع ما يُساويه فيها مع شيء آخر، كذا في «العناية»، (لا) يُرجِّح أصلَه (من حيث إنه)، أي: الفرع، (منه)، أي: الأصل، (فالشيئان إذا تَساوَيا في القُوَّة، وكان لأحدهما فرعٌ) دون الآخر: (فإنه يَترجَّح على ما لا فرعَ له...، إلى آخره)، أي: آخر ما ذكره في «العناية»[1].

وفيه: أن صاحبَ «الهداية» إنما ذكر هذا الترجيحَ للانطباق على المُدَّعَى؛ لأن المُدَّعَى في «الهداية» أن القضاء متى لاقَى مَحَلًّا مُجتهَدًا فيه ينفُذ، ولا يَردُّه غيرُه، فأخذ في المُدَّعَى ملاقاةَ القضاءِ بالاجتهاد الأوَّل، فذكر في الدليل كونَ الأوَّل مُرجَّحًا بذلك القضاء، بخلاف ما ذكره هنا، فإن المذكور أن الاجتهادَ لا ينقُض بالاجتهاد، مع قطع النظر عن كون الاجتهاد الأوَّل مُقارِنًا للقضاء أو لا، فالمُناسِب في تعليله عدمُ كون الاجتهاد الثاني أقوى من الأول، سواء كان مثلَه في القُوَّة أو دونه، وأين هذا من ذاك؟ على أن قوله: بغير السَّبْق، لم يُصادِفْ محلَّه؛ لأن مقصوده أنه يكفي في التعليل أن يكون الثاني مثلَ الأوَّل في القوة، بلا حاجة إلى كون الأوَّل مُرجَّحًا أصلا، على أن كون السَّبْق مُرجِّحًا ممنوعٌ؛ ألا ترى أن الاجتهاد

---

(١) انظر: «العناية»، كتاب أدب القاضي، باب كتاب القاضي إلى القاضي، فصل في قضاء المرأة (٧/ ٣٠٤).

في القبلة يعمل بالثاني[١]، ولا ينظر إلى سَبْق الأول، بل ولا إلى العمل به.

[فرع: لو تغيَّر اجتهادُه بالقبلة عمِل بالثاني]

(ومن فروع ذلك)، أي: عدم نقض الاجتهادِ بالاجتهاد، (لو تغيَّر اجتهادُه في القبلة) فيما إذا صلَّى بالتحرِّي، (عمِل بالثاني)، أي: يتحوَّل إلى ما وقع عليه الاجتهادُ الثاني، ويَبْنِي على الأوَّل؛ لعدم انتقاضِه بالاجتهاد الأوَّل؛ إذ لا ترجيحَ بالسَّبْق حتى ينتقِضَ به، (حتى لو صلَّى أربعَ ركعاتٍ إلى أربع جِهاتٍ بالاجتهاد: لجازَ)، ولا قضاءَ عليه، فلو نقض الاجتهادُ الأوَّلُ بالثاني لوجب عليه الاستقبالُ لتركِه الاستقبالَ[٢].

ولا يخفَى أن هذا مُنافٍ لقوله قريبًا: ولا حاجة إلى ترجيح الأوَّل بغير السَّبْق؛ لأنه جعَل السَّبْق من أسباب الترجيح، ولم يترجَّح به هنا.

(وإنما اختلفوا فيما لو صلَّى ركعةً بالتحرِّي إلى جهةٍ، ثم تغيَّر) تحرِّيه (إلى) جهةٍ (أُخرى، ثم عاد تحرِّيه إلى) الجهة (الأُولى، وقد بيَّنَّاه في «الشرح»[٣]، وذكَر فيه)، أي: المذكور، (اختلافًا في «الخلاصة»، منهم من قال): يُتِمُّ و(لا يَستقبِل، ومنهم من قال: يَستقبِل، انتهى) كلامُ «الخلاصة»[٤]. فمن قال: يَستقبِل، جعل الاجتهادَ الثاني ناقِضًا للأوَّل، لكن في تلك الصورة، لا في الكُلِّ.

---

(١) كذا في النسخ.

(٢) في هامش (خ): (قوله: لتركه... إلخ، فيه خلل، انتهى).

(٣) انظر: «البحر الرائق»، كتاب الصلاة، باب شروط الصلاة (١/ ٣٠٤).

(٤) «خلاصة الفتاوى»، كتاب الصلاة، الفصل الخامس في استقبال القبلة، اشتباه القبلة والتحري فيها وغيرها (١/ ٧١).

[فرع: حكَم القاضي بردِّ شهادةِ الفاسق، فتابَ وأعادَها]

(ومنها)، أي: فروع ذلك أيضًا، (لو حكَم القاضي بردِّ شهادة الفاسق، ثم تابَ) ذلك الفاسقُ، (فأعادَها)، أي: الشهادة، (لم تُقبَل شهادتُه) في تلك الحادثة، وتُقبَل في غيرها، وعليه يُحمَل كلام «العناية» حيث قال: «فإن رُدَّت شهادتُه، إن كان للفِسْق: زال الردُّ بزَوال الفسق بالتوبة، فقُبِلت، كالمحدود في غير القذف»[1].

(وعلَّله)، أي: عدم قبولها، (بعضُهم بأن قبول شهادته بعد التوبة يَتضمَّن نقضَ الاجتهادِ بالاجتهاد)، وذلك غيرُ جائز، وكونُها من الفروع المذكورة بناءً على هذا التعليل.

(وأصلُه)، أي: عدم القبول وقاعدتُه[2] الكُليَّة، (كما في «الخلاصة»: مَن رُدَّتْ شهادتُه لعِلَّةٍ، ثم زالت تلك العِلَّةُ، ثم أعادَها في تلك الحادثة: لم تُقبَل شهادتُه، إلا في أربعة: الصبي، والعبد، والكافر، والأعمى[3])، فلو شهِد واحدٌ منهم في حادثةٍ، فرُدَّت شهادتُه لعِلَّةِ الصِّبا، أو الرِّقِّ، أو الكُفر، أو العَمى، ثم بعد البُلوغ أو العتق أو البَصَر أو الإسلام، شهِد في الحادثة المذكورة: قُبِلت شهادتُه.

وفي «الخلاصة» بعد ذكر هذه الأربعة، قال: «وذكر في «الأجناس»: المولى إذا شهد لعبده فرُدَّتْ، ثم شهد له بها بعد العتق: لا تُقبل؛ لأن المردود هنا شهادةٌ، بخلاف المسائل الأربع، والفاسقُ إذا شهد فرُدَّت شهادتُه لِفسقه، أو شهدت الزوجةُ

(١) «العناية شرح الهداية»، كتاب الشهادات، باب من تقبل شهادته (٧/ ٤٠٠).
(٢) في (ع): (القاعدة).
(٣) انظر: «خلاصة الفتاوى»، كتاب الشهادات، الفصل الثاني في الشهادات (٤/ ٥٩).

لزوجها وهي حُرَّةٌ فرُدَّت، ثم زال الفسقُ بالتوبة والزوجيَّةُ بالطلاق، وأعاد تلك الشهاة: لا تُقبل»[١]، انتهى.

فعُلم منه أن المردود في المسائل الأربع ليس شهادةً في الحقيقة حتى قُبِلت بعد زوال تلك العِلَل، وهذا لأن كُلًّا من الصَّبيِّ والعبد والكافر والأعمى ليس أهلا للشهادة لفَقْد شرطِها، فلم يكن المردودُ شهادةً، فعلى هذا يكون الاستثناءُ في كلام «الخلاصة» منقطعًا، لا مُتَّصِلا، فما وقع في «الفتح» من أن «الزوج إذا شهِد لزوجته، فرُدَّت شهادتُه، ثم زالت الزوجيةُ، فإنه تُقبَل شهادتُه»[٢]، سَبْقُ قلَم، كما في «البحر»[٣]؛ لما تقدم ولما في «الخانية»: «ولو رُدَّت شهادتُه الأُولى لامرأته، ثم أعادها بعد البَينونة: لا تُقبَل شهادته؛ لأن شهادته رُدَّت في هذه الحادثة، فلا تُقبَل بعد ذلك»[٤]، انتهى.

[فرع: أحدُ ثوبَيه نجسٌ، فتحرَّى وصلَّى، ثم وقع تحرِّيه على طهارة الآخَر]

(ومنها)، أي: الفروع المذكورة، (لو كان له ثوبانِ، أحدُهما نجسٌ، فتحرَّى وصلَّى) بما وقع تحرِّيه على طهارته، (ثم وقع تحرِّيه على طهارة) الثوب (الآخَر: لم يُعتبَر) التحرِّي (الثاني)؛ لأنه لو اعتُبِر لزم انتقاضُ التحرِّي الأوَّل، وتحوَّلت النجاسةُ المُتقرِّرةُ في الثوب الآخر بالتحرِّي الأوَّل إلى الثوب الأوَّل، والنجاسة لا

---

(١) كذا قال. والذي في «خلاصة الفتاوى» (٤/ ٥٩ ـ ٦٠): «وإن شهد المولى لعبده أو مكاتبه، فردت، ثم شهد بعد العتق: لا تقبل، وعلى القلب: تقبل». وليس في هذا الباب من «خلاصة الفتاوى» نقل عن «الأجناس»، وليس فيه التفصيل الذي نقله الشارح. والله أعلم.

(٢) انظر: «فتح القدير»، كتاب الشهادات، باب من تقبل شهادته (٧/ ٤٠٦).

(٣) قال فيه (٧/ ٧٨): «وإدخال أحد الزوجين مع الأربعة، كما في «فتح القدير»، سهو».

(٤) «فتاوى قاضي خان»، كتاب الشهادات، فصل فيمن لا تقبل شهادته للتهمة (٢/ ٤٦٩).

تَقبَل التحوُّلَ بعد تحقُّقه، فلو صلَّى بالثوب الثاني بعد تحرِّيه: لا تصِحُّ.

وفي كون هذه المسألة من الفروع محلُّ بحثٍ، وهذا يُخالف التحرِّي في القبلة.

وفي «البزازية»: «ولو وقع تحرِّيه على ثوبٍ، وصلَّى به الظُّهر، ثم تحوَّل رأيُه إلى آخر، وصلَّى به العصر: لا يصِحُّ؛ لأن النجاسة لا تَقبَل التحوُّل. معه ثوبان، لا يَعلَم فيهما نجاسةً، صلَّى بأحدهما الظُّهرَ والمَغربَ، وبالثاني العصرَ والعشاءَ، واطَّلع على نجاسةٍ في أحدهما، ولا يعلم أنه في الثاني أو في الأول: فالظُّهرُ والمغرب جائزٌ، لا العصر والعشاء، كما في مسألة التحري، كما ذكرناه»[1].

[فرع: الشهادة بقتل واحد في مكانين مختلفين في زمان واحد]

(وعلى هذا) الأصل المذكور (مسألةٌ ذُكِرت (في) باب (الشهادة)، وهي: (شهِدت طائفةٌ بقتله يومَ النحر بمكَّة، وطائفةٌ أُخرى بقتله يومَه)، أي: النحر، (بالكوفة: لغَتا)، أي: الشهادتان؛ لأن إحداهما ليست أَولى من الأُخرى، والقتلُ الواحد لا يمكن أن يكون في مكانَين مختلفَين في زمانٍ واحد، حتى لو كان المشهودُ به إقرارَ القاتل بذلك القتل في مكانَين أووقتَين، وذلك بأن شهِدت طائفةٌ بأنه أقرَّ أنه قتله يومَ النحر بمكة، وطائفةٌ أنه أقرَّ أنه قتَله يوم النحر بكُوفة: تُقبَل؛ لأن الإقرار قولٌ قد يُعاد ويُكرَّر.

قال في «البحر» نقلا عن «السراج»: «وفائده هذه الشهادة، أي: الشهادة على القتل المذكور، أنه لو كان قال: إن لم أَحُجَّ العامَ فعبدي حُرٌّ، فأقام العبدُ شاهدَين أنه قُتِل يومَ النحر بكوفة، وأقام الوَرَثة أنه قُتِل يومَ النحر بمكة: لا يعتق؛ لكونهما لغوًا»[2].

---

(١) «الفتاوى البزازية»، كتاب الصلاة، الفصل السابع في الثوب والمكان (٤/ ٣٣).

(٢) انظر: «البحر الرائق»، كتاب الشهادات، باب الاختلاف في الشهادة (٧/ ١١٤).

(فإن قضى) القاضي (بإحداهما)، أي: بشهادة إحدى الطائفتَين، (قبل حُضور) الطائفة (الأُخرى) وشهادتِها، ثم حضَرت وشهِدت: (لم تُعتبر) الشهادةُ (الثانيةُ، لاتصال القضاءِ بها)، أي: الأولى، فترجَّحت على الثانية.

[مطلب: التحرِّي في إناءَين]

(ومُقتضى) الفرعِ[1] (الأوّل)، وهو التحرِّي في ثوبَين، (أنه لو تحرَّى، وظنَّ طهارةَ الإناءَين، فاستعمَله وترَكَ الآخَر، ثم تغيَّر ظنُّه: لا يعمل بـ)الظنِّ (الثاني)، بل يتيمَّم، (ولكن هذا) التخريج (مبنيٌّ على جواز التحرِّي في الإناءَين)، أي: وذلك غيرُ جائزٍ؛ لما قاله. (وقال في «شرح المَجمع» قُبَيل التيمُّم: لو كان إناءَين: يُريقُهما ويَتيمَّم اتفاقا).

وفي «البحر» نقلا عن «الظهيرية»: «ويجوز التحرِّي في الثوب الواحدِ حالةَ الضرورة، والثوبَين والثيابِ وإن كان النجسُ غالبًا، وفي الإناءَين لا يجوز إلا في رواية عن أبي يوسف، لكنَّه إذا توضَّأ بهما واحدًا بعد واحدٍ، وصلَّى: يُنظَر؛ إن توضَّأ بالأوَّل وصلَّى: جاز؛ لأن وُضوءَه من الأوَّل يُعيِّن[2] أنه طاهرٌ، فتعيَّن الآخَرُ للنجاسة، كما لو قال لامرأتَيه[3]: إحداكما طالقٌ، ثم وطِئ إحداهما: تعيَّنت الأُخرى للطلاق، وإن توضَّأ بالثاني، ثم صلَّى: ينبغي أن لا تجوز صلاتُه؛ لأنه توضَّأ بماءٍ نجس.

---

(١) كذا في (خ). وفي النسخ الأخرى: (النوع).

(٢) في «البحر»: (تحر).

(٣) في هامش (خ): (قوله: كما لو قال لامرأتيه... إلخ. لا يخفى أن هذا طلاق رجعي، وسيأتي التصريح في القاعدة الثانية أن الوطء في الطلاق الرجعي لا يكون تعيينا للطلاق المبهم، انتهى، فليُتنبَّهْ لما قاله هنا وليُجتنب، عفا الله تعالى عنه).

وإن لم يُحدِث، ولم يُصلِّ بعدما توضَّأ من الأوَّل، حتى توضَّأ بالثاني: قال عامَّتهم: لا يجوز؛ لأن أعضاءَه صارت نجِسةً، وقال بعضهم: يجوز، وهو الصحيح؛ لأنه لما لم يجُز التحرِّي عندنا لغلَبة النجاسة، أو لاستواء الطاهرِ بالنجس: يُهريق المِياهَ كلَّها، ويَتيمَّم ويُصلِّي، أو يَخلِط المياهَ كلَّها حتى تصير المياهُ كلُّها نجسةً، ثم يَتيمَّم؛ احترازًا عن إضاعة المال، ولو لم يُهرِقْها: جاز له التيمُّم، قالوا: هذا قولُ أبي حنيفة، وقالا: لا يجوز تيمُّمُه إلا بعد الإراقة»[1]، انتهى.

وفي هذا التصحيح تأمُّلٌ يَظهر فيما ذكَره من وجهه.

وفي «الخلاصة»: «اشتَبهت الأواني، والبعضُ طاهرٌ، والبعضُ نجسٌ، إن كانت الغلَبةُ للطاهر يَتحرَّى، فيُرِيق الذي في أكبر رأيه أنه نجسٌ، ويَستعمِل الطاهر، وإن كانت الغلَبةُ للنجس، أو كانوا سواءً: لا يَتحرَّى، هذا في حالة الاختيار. وفي حالة الاضطِرار، يتحرَّى للشُّرب بالإجماع، ولا يَتحرَّى للوضوء عندنا، ولكنه يَتيمَّم»[2].

والأفضل أن يصُبَّ ذلك الماءَ، ويَخلِط بعضَه ببعضٍ، فيصير كعادِمِ الماء، حتى يكون أبعدَ من خلاف الناس؛ لأن من الناس من يقول: لا يَتحرَّى، وهو الشافعي.

وتحريرُ المسألة على ما في «شرح المجمع» أن المُختلِط إما إناءَان أو أوَانٍ، فإن كانا إناءَين: فلا يَتحرَّى بالاتفاق بيننا وبين الشافعي، بل يُريقُهما ويَتيمَّم، وإن كان أواني، فإن كان أكثرُها طاهرًا: يَتحرَّى اتفاقًا ويُريق ما غلَب على ظنِّه أنه نجسٌ، وإن كان أكثرُها نجسًا: فلا يَتحرَّى عندنا، بل يُريق ويَتيمَّم، خلافًا للشافعي[3].

---

(١) «البحر الرائق»، كتاب الصلاة، باب شروط الصلاة (١/ ٣٠٥).

(٢) انظر: «خلاصة الفتاوى»، كتاب الصلاة، الفصل الخامس في استقبال القبلة، اشتباه القبلة والتحري فيها وغيرها (١/ ٧٢ ـ ٧٣).

(٣) انظر: «شرح مجمع البحرين»، كتاب الطهارة، اشتباه الأواني الطاهرة بالنجسة (١/ ٢٥٥).

[فرع: حكمُ الحاكم في المسائل الاجتهادية لا ينقض بما رآه ثانيًا]

(ومنها)، أي: الفروع المذكورة، (حكمُ الحاكم)، أي: القاضي، (في المسائل الاجتهادية لا يُنقَض بما رآه ثانيًا). «رُوِي أن عمر رضي الله عنه قضَى في حادثة بقضِيَّةٍ، ثم قضَى فيها بخلاف ذلك، فقيل له في ذلك، فقال: تلك على ما قضَينا، وهذه كما نقضي»، «زيلعي»[1]. وقد جرَتْ هذه الكلمةُ مَجرى المَثَل.

وهـذا عنـد أبي يوسـف، وقال محمد: ينقـض، ولا بد من التقييد بكـون المَحلّ مختلَفًا فيه.

قال في «الخلاصة» نقلا عن الأقضية: «لو قضى القاضي في حادثةٍ، ثم ظهر له رأيٌ بخلافه، قال محمد: ينقض قضاؤُه، وقال أبو يوسف: لا ينقض إذا بدَا له رأيٌ، فإن كان الذي قضاه خطأً: يرُدُّه، وإن كان مُختلَفًا فيه: أمضَاه، وفي المُستقبل يقضِي بالذي يرى أنه أفضل، فإن ظهر له نصٌّ بخلاف قضائه: ينقض قضاؤُه»[2]، انتهى.

[فرع: حكم القاضي في المسائل الاجتهادية لا ينقض]

(ومنها: حكمُ القاضي في المسائل الاجتهاديَّة لا يُنقَض)، أي: لا ينقُضه قاضٍ آخرُ، وينبغي أن يُعلَم أن المسألة بأيِّ اختلافٍ تصير مُجتهَدًا فيها، ففي «الهداية»: «المُعتبَر في الخلاف الصدرُ الأوَّل»[3]، وفُسِّر الصَّدرُ الأوَّلُ بصدر الصحابة

---

(١) «تبيين الحقائق»، كتاب القضاء، باب كتاب القاضي إلى القاضي (٤/ ١٨٨). والأثر رواه البيهقي في «السنن الكبرى»، كتاب الفرائض، باب المشركة، برقم (١٢٨٤٦).

(٢) انظر: «خلاصة الفتاوى»، كتاب القضاء، الفصل الرابع فيما يتعلق بقضاء القاضي، نوع في إبطال القضاء (٤/ ٢٠ ـ ٢١).

(٣) «الهداية» مع «فتح القدير»، كتاب أدب القاضي، باب كتاب القاضي إلى القاضي، فصل في قضاء المرأة (٧/ ٣٠٥).

والتابعين[١]، فلو اختلفوا في مسألةٍ تصير مُجتهَدًا فيها، وإلا فلا، وبه صرَّح في «البحر»، وفرَّع عليه أن للقاضي الثاني أن ينقض القضاءَ ببَيع أمِّ الولد؛ لمخالفته إجماعَ الصدرِ الأوَّل على عدم جوازه، فلم يكن مُجتهَدًا فيه، وفرَّع عليه أيضًا أن للقاضي أن يُبطِل ما قضَى به الشافعيٌّ ومالكٌ برأيه؛ لعدم كونه مُجتهَدًا فيه[٢].

وفي «الفتح»: «وعندي: أن هذا الشرط مما لا يُعوَّل عليه؛ لأنه ثبت أن مالكًا والشافعيَّ وأحمد وأبا حنيفة مجتهدون، فلا شك كون المحلِّ باختلافهم اجتهاديًّا»[٣].

ويُؤيِّده ما نقل في «الخلاصة» عن «الفتاوى الصغرى»: «المُختلَف بين السلف كالمُختلَف بين الصحابة، وفرَّعوا على هذا مسائلَ كثيرة، منها: لو قضى للمأذون بنَوع أنه مأذونٌ فيه، لا في جميع الأنواعِ، كما هو مذهب الشافعي: ينفُذ»[٤]، مع أنه لم يُنقَل عن الصحابة ولا عن التابعين جوازُه.

ثم ينبغي أن يُعلَم أن العبرة في صيرورة المحلِّ مُجتهَدًا فيه إلى حقيقة الاختلاف، لا اشتباهِ الدليل، كما هو المشهور، لكن ذكر في «الكفاية» نقلا عن

---

(١) انظر: «فتح القدير»، كتاب أدب القاضي، باب كتاب القاضي إلى القاضي، فصل في قضاء المرأة (٧/ ٣٠٢).

(٢) انظر: «البحر الرائق»، كتاب القضاء، باب كتاب القاضي إلى القاضي (٧/ ١١).

(٣) «فتح القدير» (٧/ ٣٠٢).

(٤) قال في «الخلاصة»، كتاب القضاء، الفصل الرابع فيما يتعلق بقضاء القاضي، الجنس الرابع في القضاء في المجتهدات (٤/ ٢٦): «في «الفتاوى الصغرى»: المختلف بين السلف كالمختلف بين الصحابة، حتى لو قضى القاضي في مسألة المأذون في نوع أنه مأذون في نوع واحد، كما هو مذهب الشافعي: يصير متفقا عليه».

«المنتقى» أن «العبرة لاشتباه الدليل، لا حقيقةِ الاختلاف؛ ألا ترى أن القاضي لو قضى بإبطال طلاقِ المُكرَه: نفَذ قضاؤه؛ لأنه قضاءٌ في فصلٍ مُجتهَدٍ فيه؛ لأنه موضعُ اشتباه الدليل؛ لأن اعتبار الطلاق بسائر التصرُّفات ينفي حكمَه. وكذا لو قضى في حدٍّ أو قصاص بشهادة رجلٍ وامرأتين، ثم رُفع إلى قاضٍ آخر يرى خلافَ رأيه: فإنه يُنفِّذ قضاءَه ولا يُبطِله، وليس طريقُ نفاذ قضاء الأوّل في هذه الصورة حصولَه في محلٍّ مُختلَف فيه؛ لأنه لم يبلغنا الاختلاف، وإنما طريقُه أن القضاء حصَل في موضع اشتباه الدليل؛ لأن المرأة من أهل الشهادة، وظاهرُ قوله تعالى: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، يدلُّ على قبول شهادة النساء مع الرجال مطلقًا نظرًا إلى اللفظ، وأنه وإن ورد في المُدايَنة إلا أن العبرة عندنا لعُموم اللفظ، لا لخُصوص السبب»(١).

[يُمضَى حكمُ قاضٍ آخر إن لم يُخالِفْ الكتاب أو السُّنَّة أو الإجماع]

(وهو)، أي: ما ذُكر من أن حكم القاضي في المسائل الاجتهادية لا ينقُضه قاضٍ آخَرُ إذا رُفع إليه، (معنى قولِ أصحابنا)، أي: أئمَّتنا الحنفية، (في كتاب القضاء: إذا رُفع إليه)، أي: إلى القاضي، (حكمُ قاضٍ) آخر في تلك الحادثة، «مُستجمِع شرائطِ الصحة، بأن يكون راعَي شرائطَ الحكم عند المُرافَعة، ومن صحة الدعوى وصحة البيِّنة إلى غير ذلك»، كما في «شرح التحرير»(٢)، (أمضاه)، أي: لا يجوز له أن ينقُضه، بل يُمضِيه، سواء كان موافِقًا لمذهبه أو لا، يعني إذا كان صحيحًا، أي: (إن لم يُخالِف) حكمُ القاضي الأوَّلِ (الكتابَ)، أي: نصَّ القرآن

(١) الكفاية شرح الهداية (٦/ ٣٩٨).

(٢) انظر: «تيسير التحرير»، المقالة الثالثة في الاجتهاد، مسألة: لا ينقض حكم اجتهادي صحيح (٤/ ٢٣٤)

كحِلِّ متروك التسمية عمدًا، فإنه مُخالفٌ لنصِّ قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ﴾ [الأنعام: ١٢١].

«فإن قيل: إن ما في الآية كنايةٌ عمَّا لم يَذبَحه مُوحِّدٌ، وفي الكناية لا يلزم تحقُّقُ المعنى الأصلي، ولو سُلِّم إرادةُ الحقيقة لِمَ لا يجوز أن يكون الذِّكرُ القلبيُّ كافيًا؟

قلنا: صَرفُ العبارة عن الحقيقة من غير صارِفٍ لا يجوز.

لا يقال: الصارف موجود، وهو قولُه ﷺ: «المُسلم يَذبَح على اسم الله، سمَّى أو لم يُسمِّ»[١]؛ لأنا نقول: هذا واردٌ في النسيان، فإنه سُئل عليه الصلاةُ والسلام عمَّن نسِي التسميةَ على الذبيحة، فقال: «اسمُ الله على لسان كلِّ مسلم»[٢]، وقال عليه الصلاة والسلام: «ذبيحةُ المسلم حلالٌ، سمَّى الله أو لم يُسمِّ، ما لم يتعمَّدْ تركَه»[٣].

فحُجَّتُنا الكتابُ والسُّنَّة والإجماع.

ومن السُّنَّة: قوله لعَدِيِّ بن حاتم: «إذا أرسلتَ كَلْبكَ المُعلَّم، وذكرتَ اسمَ الله تعالى، فكُلْ، فإن شارَكه كلبٌ آخر فلا تأكُلْ؛ فإنك سمَّيتَ على كلبك»[٤]، فعلَّل الحرمةَ بترك التسمية.

---

(١) قال في «نصب الراية» (٤/ ١٨٢): «غريب بهذا اللفظ. وفي معناه أحاديث، منها: ما أخرجه الدارقطني، ثم البيهقي...، عن ابن عباس، أن النبي ﷺ قال: «المسلم يكفيه اسمه، فإن نسي أن يسمي حين يذبح فليسم، وليذكر اسم الله، ثم ليأكل»».

(٢) رواه بنحوه الدارقطني في «السنن»، كتاب الأشربة وغيرها، باب الصيد والذبائح، برقم (٩٤).

(٣) رواه بنحوه البيهقي في «السنن الكبرى»، كتاب الصيد والذبائح، باب من ترك التسمية، برقم (١٩٣٦٨).

(٤) رواه بنحوه البخاري في «صحيحه»، كتاب الوضوء، باب الماء الذي يغسل به شعر الإنسان، برقم (١٧٥).

وأما الإجماع، فقد أجمعت الصحابة على حرمة متروك التسمية عمدًا، وإنما الخلاف في متروكها ناسيًا، فمذهبُ ابنِ عمر أنه يحرُم، ومذهب ابن عباس وعليٍّ أنه يحِلُّ، وقال أبو يوسف: متروك التسمية عمدًا لا يسوغ فيه الاجتهادُ، حتى لو قضى قاضٍ بجواز بيعِه: لا ينفُذ؛ لكونه مخالفًا للإجماع، كذا في «شرح القدوري»[١].

وفيه ما تقدَّم من أنه يُعتبَر في المسائل الاجتهادية خلافُ الصحابة.

ومعنى متروك التسمية عمدًا أن يَعلَم أن التسمية شرطٌ، وتَرَكَها مع ذكرها. أما لو تَرَكها من لا يعلم اشتراطَها: فهو في حكم الناسي، كذا في «الحقائق».

وأما الذِّكر القلبيُّ فقالوا: إنه يقال: ذكَر عليه وسمَّى عليه بلسانه، ولا يقال: بقلبه»، كذا في «شرح التحرير»[٢].

(أو) لم يخالف (السُّنَّة) المشهورة، كالقضاء بشاهدٍ ويمين من المُدَّعِي، فإنه مخالفٌ لنصِّ الحديث المشهور، وهو: «البيِّنةُ على المُدَّعِي، واليمين على من أنكَر»[٣]، جعَل جنسَ الأيمان على المُدَّعَى عليه، وليس وراءَ الجنس شيءٌ.

وأما حديث ابن عباس الذي رواه من أنه ﷺ قضَى بشاهدٍ ويمين[٤]، فقد روي عن البخاريِّ وغيرُه انقطاعَه، ومنهم مَن ذكره في الضُّعفاء، وله طُرُقٌ لا

---

(١) في «تيسير التحرير»: «كذا في «شرح القدوري» للإمام الحدادي»، وليس النقل المذكور في «الجوهرة النيرة»، فلعله ينقل عن «السراج الوهاج».

(٢) انظر: «تيسير التحرير»، المقالة الثالثة في الاجتهاد، القسم الرابع للجهل المركب، جهل من عارض مجتهده الكتاب (٤/ ٢٢١).

(٣) رواه بهذا اللفظ البيهقي في «السنن الكبرى»، كتاب الدعوى والبينات، باب البينة على المدعي، برقم (٢١٧٣٣).

(٤) رواه مسلم في «صحيحه»، كتاب الأقضية، باب القضاء باليمين والشاهد، برقم (١٧١٢).

تخلو كلُّها عن نظر، وعن الزُّهري أنه بدعةٌ، وأوَّلُ مَن قضى به معاوية.

وأورد عليه بأن هذا الحديث أخرجه مسلم في «صحيحه»، فكيف يُحكَم عليه بالضُّعف؟ وأُجيب بأن في «صحيحه» سبعين موضعًا رواه متَّصلا وهو منقطِعٌ[١]، على أن ما رواه حكايةُ واقعةٍ لا عُمومَ لها، تأمَّلْ.

ثم إن القضاء بيمين المدعي وشاهدٍ واحد لا يصح في غير الأموال عند جمهور العلماء.

ومثلُ هذا في مُخالَفة السُّنَّة المشهورة: القولُ بتحليل المُطلَّقة ثلاثًا لزوجها الأوَّل بلا وطء، مع حديث العُسَيلة الذي رواه الجماعة عن عائشة رضي الله عنها، أنه ﷺ سُئل عن رجل طلَّق امرأته ثلاثًا، فتزوَّجت زوجًا غيره، فدخَل بها، ثم طلَّقها قبل أن يُواقِعها، أتحِلُّ لزوجها الأوَّل؟ قال: «لا، حتى يَذُوقَ الآخَرُ من عُسَيلتِها ما ذاقَ الأوَّلُ»[٢]. قال الصدر الشهيد: مَن أفتى بهذا القول فعليه لعنةُ الله والملائكة والناس أجمعين، وفي «المبسوط»: لو أفتى فقيهٌ بذلك يُعزَّر[٣].

---

(١) صورة، وليس منقطعا حقيقة، والانقطاع الصوري لا يخرج الحديث إلى حيز الضعيف. انظر: صيانة صحيح مسلم لابن الصلاح (ص ٧٦).

(٢) رواه البخاري في كتاب الطلاق، باب من أجاز طلاق الثلاث، برقم (٥٢٦١)؛ ومسلم في كتاب النكاح، باب لا تحل المطلقة ثلاثا لمطلقها حتى تنكح زوجا غيره، برقم (١٤٣٣)؛ وأبو داود في كتاب الطلاق، باب المبتوتة لا يرجع إليها زوجها حتى تنكح زوجا غيره، برقم (٢٣٠٩)؛ والترمذي في أبواب الطلاق، باب ما جاء فيمن يطلق امرأته ثلاثا، فيتزوجها آخر، فيطلقها قبل أن يدخل بها، برقم (١١١٨)؛ والنسائي في كتاب الطلاق، باب إحلال المطلقة ثلاثا، برقم (٥٥٧٥)؛ وابن ماجه في أبواب النكاح، باب الرجل يطلق امرأته ثلاثا، فتتزوج، فيطلقها قبل أن يدخل بها، برقم (١٩٣٢).

(٣) انظر: «تيسير التحرير»، المقالة الثالثة في الاجتهاد، القسم الرابع للجهل المركب، جهل من عارض مجتهده الكتاب (٤/ ٢٢٢).

(أو) لم يخالف (الإجماعَ)، كالقول بجواز بيع أُمَّهاتِ الأولاد على ما ذهب إليه داودُ الظاهري، مع الإجماع المتأخِّر من الصحابة، كذا في «التحرير»[١]؛ فإن الصحابة رضي الله عنهم كلُّهم على [عدم][٢] جواز بيعهن إلا عليًّا رضي الله عنه، وبعد موته أجمعت الصحابةُ على عدم جواز بيعِهن، وأما التابعون فأجمعوا على عدم جواز البيع.

ولا يخفى عليك أن للبحث في كل منها مجالا؛ لعدم قطعية دلالة الكتاب على الخلاف، وكونِ المشهور آحادًا في الأصل، وكونِ الإجماع المسبوق بالخلاف مختلَفًا فيه بين العلماء، غير أنه لما كان أمرًا مقرَّرًا في المذهب لم يَتعرَّض له المُصنِّف، وعدم نفاذ القضاء بها قولُ جمهور الحنفية[٣].

وفي «التحرير» في بحث الاجتهاد: «أكثر الحنفية والمُحقِّقون من الشافعية على أنه لا يُشترَط لحُجِّية الإجماع انتفاءُ سَبْق خلافٍ مُستقِرٍّ، فخُرِّج عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى اشتراطُه، ونفيُ الاشتراط عن محمد رحمه الله تعالى، من القضاء[٤] ببيع أُمَّهاتِ الأولاد المُختلَفِ فيه جوازًا وعدمَ جوازٍ للصحابة[٥] رضي الله عنهم، المُجمَع للتابعين على منعه، فعند محمد: لا ينفُذ القضاءُ بصحة بيعِهن[٦]، وعند أبي

---

(١) انظر: «تيسير التحرير» (٤/ ٢٢٢).

(٢) ما بين المعقوفتين مستدرك من «تيسير التحرير».

(٣) انظر: «تيسير التحرير» (٤/ ٢٢٣).

(٤) أي: خُرِّج عن أبي حنيفة ومحمد مذهبهما من مسألة القضاء ببيع أمهات الأولاد.

(٥) قوله: (للصحابة)، متعلق بـ(المختلف).

(٦) لأنه قضاء بخلاف الإجماع؛ لأن جواز البيع لم يبق اجتهاديا بالإجماع في العصر الثاني، ومحل النفاذ في الخلافية لا بد أن يكون اجتهاديا.

حنيفة: ينفُذ[1]، وفي «الجامع» أنه يَتوقَّف على إمضاء قاضٍ آخر.

وأبو يوسف مع أبي حنيفة، كما ذكره السرخسي، وفي «الميزان» أنه مع محمد، وفي «فصول الإستروشني» وغيرها أن القضاء لا ينفُذ عندهم جميعا. وفي «صدر الشريعة»: الأصحُّ أنه لا يشترط اختلافُ عصر الصحابة، بل اختلافُ الشافعي مُعتبَر»[2]، انتهى.

«والذي عليه الأئمَّة الأربعة عدمُ جواز بيعهن، وقُضاةُ زماننا لم يُفوَّض لهم إلا الحكم بمُوجَب مذهبِ مقلِّدهم، فحكمُهم بما يخالف مذهبَه لا عن ولايةٍ، فلا ينفُذ»، كذا في «شرح التحرير»[3].

[مطلب: في شروط القضاء وأركانه]

(وقد بيَّنَّا شروطَ القضاء).

اعلم أن ابن الغرس رحمه الله تعالى نظَم شُروطَه في بيتَين[4]، فقال:

أطرافُ كل قضيَّة حُكْميه ... سِتٌّ يلُوح بعدها التحقيق

حكمٌ ومحكومٌ به ولـه ومحـ ... ـكومٌ عليه وحاكمٌ وطريقُ

فأما الحكم، وهو قضاء القاضي، ويُعرَّف بأنه الإلزامُ في الظاهر على صفةٍ مُختصَّة بأمرٍ ظنَّ لُزومَه في الواقع شرعًا، فلا بد أن يكون بعد دعوى صحيحةٍ من

---

(١) لأن الخلاف السابق منع انعقاد الإجماع المتأخر، فلا ينقض القضاء. كذا في «تيسير التحرير».

(٢) «التحرير» مع «التيسير»، الباب الرابع في الإجماع، مسألة: لا يشترط لحجية الإجماع انتفاء سبق خلاف (٣/ ٢٣٢ ـ ٢٣٣).

(٣) «تيسير التحرير» (٣/ ٢٣٤).

(٤) في كتابه «الفواكه البدرية في الأقضية الحكمية».

خَصم على خصم، وإلا لم يكن حُكمًا، بل فتوى، وأن يكون ممَّن تُقبل شهادةُ القاضي[1]، وأن يكون بحقٍّ، كالقضاء بالبيِّنة، أو النُّكول، أو اليمين، أو علم القاضي بشرطه على القول به، أو كتاب القاضي إلى القاضي بشرطه.

وأما المحكوم به، فأقسامٌ أربعة: حقُّ الله تعالى المَحْض، وحقُّ العبد المحض، وما فيه الحقَّان والغالب حقُّ العبد، أو حقُّ الله غالبٌ، فلا بد أن يكون معلومًا، ولا بد من التصريح بعين المحكوم به، فيقال: قضَى له بالدار أو الفرَس.

وأما المحكوم له، فإما الشرعُ، كما في حقوقه المحضة، فلا يحتاج ذلك الحكمُ إلى الدعوى، أو الشرعُ والعبدُ، كما في الأمور التي فيها الحقَّان. وأما ما يغلب فيه حقُّ العبد، فلا بد له من الدعوى الصحيحة، وأن يكون يمن تُقبَل شهادةُ القاضي له. وأما ما الغالبُ فيه حقُّ الشرع، فمنه ما لا بد له من الدعوى، كحدِّ القذف والسَّرِقة، ومنه ما لا يحتاج إلى الدعوى، كالاعتداد في المنزل المُضافِ إلى المُطلَّقة كالسُّكنَى حالَ وجوب العِدَّة عليها. وإما العبد[2]، وهو المُدَّعِي، وهو مَن لا يُجبَر على الخصومة.

وأما المحكومُ عليه، فهو المُدَّعَى عليه، ولا يكون إلا العبد، فيُشترَط حُضورُه أو حُضورُ مَن يقوم مقامه، كوكيلٍ، أو وصيٍّ، أو مُتولِّي وقفٍ، أو أحدِ الورَثة، أو يكون ما يدَّعِي على الغائب سببًا لما يدَّعِي على الحاضر. قال علماؤنا: القضاءُ على الغائب مختلَفٌ فيه. وأما القضاء للغائب، فالإجماع على أنه لا يجوز، يعني: إن لم يحضُر نائبُه.

---

(١) كذا في (خ). وفي النسخ الأخرى: (وأن يكون ممن لا تقبل شهادة القاضي له).

(٢) معطوف على قوله: (وأما المحكوم له، فإما الشرع).

وأما الحاكم، وهو الإمام أو القاضي، فيُشتَرط له العقلُ، والبُلوغ، والإسلام، والحُرِّية، والسمع، والبصر، والنُّطق، والسلامة عن حدِّ القذف، وينفُذ قضاءُ المرأة في غير الحُدود والقصاص.

وهل يُشتَرط فيه العلم؟ قال العز بن الغرس: لا بد من تأمُّل العلم والفهم، وأقلُّه أن يُحسِن فعلَ الحَوَادث والمسائلِ الدقيقة، وأن يعرف طريقَ تحصيل الأحكام الشرعية في كتب المذهب وصُدور المشايخ، وكيفيةَ الإيراد والإصدار في الوقائع والدَّعَاوى والحجَج وتَوَابع ذلك ولوَازمه.

وفي «المختار»: «والأَولى أن يكون القاضي مجتهدًا، فإن لم يوجد فيجب أن يكون من أهل الشهادة، موثوقًا به في دينه وأمانته وعقله وفهمِه، عالمًا بالفقه والسُّنَّة»[1].

وأما الطريق، فهو عبارةٌ عن الدعوى والحُجَّة، والحُجَّة إما البيِّنةُ، أو الإقرارُ، أو النُّكول، أو اليمين، أو القسامة، أو علمُ القاضي ما يريد أن يحكُم به، أو القرائنُ الدالَّة على ما يطلب الحكمَ به دلالةً واضحةً بحيث تُصيِّره في حِيَز المقطوع به. قالوا: لو ظهَر إنسانٌ من دار، ومعه سِكِّينٌ في يده، وهو مُلوَّثٌ بالدم، سريعُ الحركة، عليه أثَرُ الخوف، فدخَلوا الدارَ في ذلك الوقت على الفَوْر، فوجَدوا فيها إنسانًا مذبوحا لذلك الحين، وهو مُضرَّجٌ[2] بدمائه، ولم يكن في الدار غيرُ ذلك الرجل الذي وُجِد بتلك الصفة، وهو خارجٌ من الدار: أنه يُؤخَذ به؛ إذ لا يَمتري أحدٌ في أنه قاتِلُه، واحتمالُ أنه قتَله غيرُه بعيدٌ.

---

(١) «المختار» مع «الاختيار»، كتاب أدب القاضي (٢/ ٨٣).

(٢) أي: ملطَّخ.

وأما الدعوى، فهي عبارةٌ عن قول مقبول عند القاضي، يعتدُّ به قائلُه في الشرع، مطالبًا حقًّا قِبَلَ غيرِه، أو دافعًا عن حُجَّة، كما عرَّفها ابن الغرس.

ثم قال: والحاصل أن الشرط حصولُ التوافُق والتطابُق بين القضاء، والمَقضِيِّ به، والدَّعوى، والحُجَّة في القضية الحكمية؛ لأن القاضي إنما يقضي في حقوق العباد بين خصمَين في أمر تخاصَما فيه للفصل بينهما، والمُخاصَمة إنما تعتبر شرعًا بالدعوى الصحيحة، والدعوى إنما تعتبر بالحُجَّة، والحجةُ(١) إذا طابَقت المُدَّعى به، فإذا قضى بتمام المُدَّعَى به فهو المطلوب، وإنْ ببعضِه وكان يَقبَل التبعيضَ: فهو قضاءٌ معمولٌ به، وعليه أن يُكمِل فيَقضِي بالتمام، وإن لم يقبل التبعيضَ: فالحكم لَغوٌ، وإن قضى بالمُدَّعَى به وزيادةٍ، فإن استلزمت الزيادةُ ذلك: فالقضاءُ بها معتبَرٌ، وإن لم تستلزمه: فالقضاء بها لَغْوٌ.

(و)بيَّنَّا (معنى الإمضاء) من أنه الحكمُ بمقتضاه، أي: إلزام الحكم بعد دعوى صحيحةٍ من خصم على خصم.

«فالحاصل أن الحكم المرفوع لا بد أن يكون في حادثة وخصومة صحيحةٍ من خصم على خصم، فلو رُفع إلى حاكم حنَفيٍّ قضاءُ مالكيٍّ بلا دعوى صحيحةٍ: لا يَلتفِت إليه، ويحكُم بمُقتضَى مذهبه، ولا بد من إمضاء الثاني لحكم الأوَّل، ولا يشترط إحضارُ شُهود الأصل، بل يكفي الشهودُ على قضاء القاضي، إلا إذا شكَّ في حكم الأوَّل، فحينئذ له أن يطلُب شُهودَ الأصل»، «بحر»(٢).

فظهر منه أن ما أمضَاه القُضاة في زماننا في حجج من غير دعوى: فتوًى لا قضاءٌ.

---

(١) أي: تعتبر.

(٢) انظر: «البحر الرائق»، كتاب القضاء، باب كتاب القاضي إلى القاضي (٧/ ١٠).

(في «شرح الكنز». وكتَبنا المسائلَ المُستثنَيات من الكُلِّية) التي هي قولُهم: القاضي إذا قضى في مجتهَدٍ فيه نفَذ قضاؤه، وتلك المسائل ثمانٌ وثلاثون مسألةً، ذكرها المصنِّف (في) كتاب القضاء من (النوع الثاني)، أي: الفنِّ الثاني من هذا الكتاب.

[مسائل مُستثناةٌ من قاعدة «الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد»]

(واعلم أن بعضَهم استثنى من هذه القاعدة، أعني: الاجتهاد لا ينقُض بالاجتهاد، مسألتين):

[المسألة الأُولى: نَقْض القِسمة إذا ظهر فيها غَبْنٌ فاحش]

(إحداهما: نَقْضُ القِسمة)، يعني: إذا اقتَسم القومُ ميراثًا أو غيرَه مطلقًا، سواء كان بقضاء القاضي أو بالتراضي على الأصحِّ، (إذا ظهر فيها)، أي: القسمة، (غَبْنٌ فاحشٌ) مالم يُقِرَّ بالقبض والاستيفاءِ لحقِّه، فإنه حينئذ لا تُنقَض ولا تُسمَع دعواه، وإن أقام بيِّنةً على ذلك، كما صرَّح به في «الهداية»[1]، لكن في «العناية»: «المختار أنه تسمع دعواه وتنقض القسمة إن أقام بيِّنة، وهو مختار «القدوري»»[2].

---

(١) انظر: «الهداية» مع «العناية»، كتاب القسمة، باب دعوى الغلط في القسمة (٩/ ٤٤٩).

(٢) الذي في «العناية» (٩/ ٤٤٩ ـ ٤٥٠): «وحكي عن الفقيه أبي جعفر الهندواني رحمه الله أنه كان يقول: لقائل أن يقول: لا تسمع هذه الدعوى؛ لأن القسمة في معنى البيع، ودعوى الغبن فيه مَن المالك لا توجب نقضه. أما البيع من غير المالك، فإنه ينقض بالغبن الفاحش، كبيع الأب والوصي. ولقائل أن يقول: تسمع هذه الدعوى؛ لأن المعادلة شرط في القسمة، والتعديل في الأشياء المتفاوتة يكون من حيث القيمة، فإذا ظهر في القيمة غبن فاحش فات شرط جواز القسمة، فيجب نقضها. والصدر الشهيد حسام الدين رحمه الله كان يأخذ بالقول الأول، وهو مختار المصنف رحمه الله، وبعض المشايخ رحمهم الله كانوا يأخذون بالقول الثاني».

والغَبْن الفاحشُ: هو الذي لا يدخُل تحت تقويم المُقوِّمين.

وفي «الخانية»: «إن دعوى الغلط كدعوى الغبن»(١)، وفيها أيضا: «لو ادَّعى أحدُ الشركاء الغلطَ: لا تُعاد القسمةُ بمُجرَّد دعواه، ولا ذَرْعُ شيءٍ، و[لا] مساحتُه، ولا كَيلُه، ولا وَزْنُه، إلا بحجة؛ لأن الظاهر وقوعُها على وجه المُعادَلة، فلا تُنقَض إلا إذا أقام بيِّنةً على ذلك، وإن لم يكن له بينة [و]طلب استحلافَ الشُّركاء: [فإنه يستحلف] رجاءَ النُّكول.

ثم الغلط على وجوه:

أحدها: أن يقول: حقِّي في النِّصف، وقد أخذتُ الثُّلُث مثلا، وقال الآخر: حقُّك الثُّلُثُ وقد أخذتَه، وفي هذا يَتحالَفان ويَترادَّان القسمة.

ثانيها: أن يكون النِّزاعُ في القبض، قال أحدهما: لم أقبَض حقي، وقال الآخر: قبَضتَه، فإنهما يَتحالَفان ويَترادَّان القسمة أيضا؛ لأن القبض له شَبَهٌ بالعقد، ولو اختلفا في العقد: يتحالفان، فكذا هذا.

ثالثها: أن يكون النزاع في الزيادة، قال: أخذتَ يا فلان أكثرَ من حقِّكَ، أو غصبتَ الزيادة، وقال الآخر: أخذتُ حقِّي، لا الزيادةَ، كان القولُ قولَ الآخر، والبيِّنةُ بيِّنةُ صاحبِه، ولا يتحالفان ولا يَترادَّان.

رابعها: أن يكون النزاع بينهما بعدما أشهَد كلٌّ منهما على القبض واستيفاءِ حقِّه تمامًا، ثم يقول أحدُهما: حقِّي الذي في يدك وحقُّك الذي في يدي، أو يقول: لَمْ قسمنا، لكن أنا قد أخذتُ بعضَ حقِّي دون بعض، لا تُسمَع دعواه.

وخامسها: أن يكون النزاع في التقويم، قال أحدهما: قيِّمتُها أكثرَ مما قوَّمتَه»

---

(١) انظر: «فتاوى قاضي خان»، كتاب القسمة، فصل فيما يدخل في القسمة (٣/ ١٥٤).

وينكر الآخر، وفي هذا لا يُقبَل قولُه ولا تُسمع دعواه، كذا في «الأصل». وقال أبو بكر البلخي: إن كان التفاوُتُ يسيرا: فكما قال في «الكتاب»، يعني: «الأصل»، وإن كان كثيرًا: يُرجَى أن تُسمَع دعواه. وقيل: لو قال قائلٌ بسماعها، وقائلٌ بعدمه، فلكلٍّ وجهةٌ»[1]، انتهى.

فعُلم منه أن محلَّ[2] استماعِ دعوى الغبن الفاحش أو الغلط ما لم يُقِرَّ بالاستيفاء والقبض، وإلا فلا تُسمَع ولا تُنقَض، وقد علمتَ أنه المُصرَّح به في «الهداية» أيضًا، وفي «العناية» تصحيحُ خلافِه تبعًا لاختيار القدوري.

ثم إنه علَّل الاستثناء بقوله: (فإنها)، أي: القسمة، (وقعت باجتهادٍ) من القاضي أو الشُّركاء، (فكيف يُنقَض بمثله)، أي: مثل ذلك الاجتهاد، فيجب أن تكون هذه الصورةُ مُستثناةً من القاعدة.

(والجواب) عمَّا قاله ذلك البعض من وجوب استثناء هذه الصورة عن القاعدة: (أن نقضَها)، أي: القسمة المذكورة عند ظهور الغبن الفاحش أو الغلط، (لفَوَات شرطِها في الابتداء، وهو)، أي: شرطُها فيه، (المُعادَلة)، يعني: لا لأن الاجتهاد لا ينقض بمثله، (فظهَر بفوَاتها)، أي: المعادلة، (أنها)، أي: القسمة، (لم تكن صحيحةً من الابتداء)، فصارت (كما لو ظهر خطأُ القاضي بفوَات شرطِه)، أي: القضاء، (فإنه يُنقَض قضاؤُه).

وحاصلُه منعُ دخول هذه الصورة في القاعدة ليَصِحَّ الاستثناءُ منها؛ فإن المراد بالقاعدة أن الاجتهاد الصحيح المُستوفِي شروطَه لا ينقض باجتهادٍ مثلِه، والاجتهاد في القسمة المذكورة ليس بصحيح، فلم يدخُل تحت القاعدة، فلا استثناءَ.

---

(١) «فتاوى قاضي خان»، كتاب القسمة، فصل فيما يدخل في القسمة (٣/ ١٥٣ ـ ١٥٤).

(٢) في النسخ: (كل). والصواب ما أثبت.

[المسألة الثانية: للإمام الثاني أن يُغيِّر ما رآه الأوَّلُ من الأُمور العامَّة]

(الثانية) من المسألتَين اللتَين استثناهما البعضُ: (إذا رأى)، من الرُّؤية، بمعنى العقل والتدبُّر، (الإمامُ شيئًا، ثم مات) أو عُزل، (فلـ)لإمام (الثاني أن يُغيِّره)، أي: ينقُض ما رآه الأوَّلُ (حيث كان)، أي: ما رآه الإمام الثاني، (من الأُمور العامَّة)، أي: الأنسبُ بأمور عامَّة المسلمين.

لكن يَعكِر عليه ما نقله المُصنِّف عن السُّيوطي من أن «الإجماع على أن الإمام إذا هدَم كنيسةً: لا تُعاد»[1]، انتهى.

وفيه: أن عدم الإعادة من الأُمور العامَّة.

(والجواب) عما قاله ذلك البعضُ من وجوب استثناء هذه الصورة أيضًا من القاعدة: (أن هذا)، أي: ما رآه الإمامُ الثاني وحكَم به، (حكمٌ يدُور مع المصلحة)، أي: الأصلح للمسلمين، فكلُّ ما هو أصلَحُ للمسلمين يحكُم به الإمام، (فإذا رآها)، أي: المصلحةَ، الإمامُ (الثاني) في النقض (وجب اتباعُها)، أي: المصلحة بنقض ما رآه الأوَّل، وله نظائرُ ستجيء في قاعدة أن تصرُّف الإمام على الرَّعِيَّة مَنُوْطٌ بالمصلحة.

وحاصلُ هذا الجواب أيضًا منعُ دخول هذه الصورة في القاعدة؛ فإن المراد بها أن الاجتهاد لا ينقض باجتهاد مثله إذا لم يشتمل النقضُ على مصلحة العامَّة، ولا يخفى أن مآلَ هذَين الجوابَين تخصيصُ القاعدة بما ذُكر.

---

(١) انظر: «الأشباه والنظائر» لابن نجيم مع «غمز العيون» (٤/ ١٤١). وانظر: «حسن المحاضرة في تاريخ مصر والقاهرة» للسيوطي (١/ ٦٠٢).

[تنبيهات لهذه القاعدة]

(تنبيهاتٌ) مناسبةٌ لهذه القاعدة:

[الأول: كتابة المُوثِّقين عقيبَ الواقعة «وحكَم بموجَبه»، هل يمنع النقض؟]

(الأوَّل) منها: (كثُر في زماننا وقبله أن المُوثِّقين) للقاضي (يكتُبون عقيبَ الواقعة عند القاضي)، وبيَّن الواقعةَ بقوله: (من بيعٍ، ونكاحٍ، وإجارة، ووقفٍ، وإقرار)، ومفعول «يكتبون» قولُه: (وحكَم بمُوجَبه)، أي: يكتُبون في الحجج واقعةَ البيع مثلا، ويكتُبون عقِبَها «وحكَم بمُوجَبه»، أي: هذا اللفظ، والمراد من المَحكيِّ، (فهذا) المكتوبُ هل يُعدُّ حكمًا صحيحًا؟ (هل يَمنَع النقضَ؟) أي: نقض الحكم الواقع في تلك الحُجَّة التي كتب فيها عقِيبَ الواقعة «وحكَم بمُوجَبه»، كما يمنع الحكمَ الصحيح (لو رُفع) ذلك المكتوب (إلى قاضٍ آخر)، فيجب عليه أن يُمضِيَه كما يمضي الحكمَ الصحيح، (فأجبتُ عنه مرارًا بأنه)، أي: هذا المكتوب، (إن كان في حادثةٍ خاصَّةٍ به)، أي: بما وقع الحكمُ فيه، (من بيع وغيرِه، وعن دعوى صحيحةٍ من خَصْم على خصم: منَعه)، أي: النقض، (وإلا)، بأن لم يكن في حادثةٍ وعن دعوى صحيحةٍ، (فلا يكون) ذلك المكتوب (حكمًا صحيحًا).

وإنما أجَبتُ بذلك (تمسُّكًا بما ذكره العماديُّ في «فصوله»، وتبِعه) محمود بن إسرائيل بن قاضي سماوية (في «جامع الفصولين»[1]، و)ما ذكره محمد بن محمد، حافظُ الدِّين، علامة المُتأخِّرين، (الكردي في «فتاواه البزازية»[2]، والعلامة قاسم) بن قطلوبغا (في «فتاواه»، من أن شرط) صحة

(١) قال فيه (١/ ٢١): «وهنا شرط آخر لنفاذ الحكم في المجتهد فيه، وهو أن يصير الحكم حادثة، فيجري فيه خصومة صحيحة عند القاضي من خصم على خصم».

(٢) قال فيه (٥/ ١٦٤): «وإنما ينفذ القضاء في المجتهدات إذا علم أنه مجتهد فيه...، وهنا شرط آخر، =

(القضاء في المجتهدات)، أي: المسائل الاجتهادية، (أن يكون في حادثة)، أي: تداعٍ وخصومة شرعية، (ودعوى)، أي: قول مقبول عند القاضي يُعتدُّ به في الشرع، طالبًا به حقًا أو دافعًا به حُجَّة، (فإن فات هذا الشرطُ)، بأن قامت البيِّنةُ لشخصٍ بحقٍّ على آخر عند قاضٍ، فقضى بذلك الحقّ بتلك الحُجَّة بدون مُنازَعة ومُخاصَمة شرعيةٍ: لم يكن قضاءً، و(كان فتوًى، لا حُكمًا).

(وزاد العلامة قاسمُ أن الإجماع)، أي: إجماع المذاهب، (عليه)، أي: على هذا الشرط.

(وقال) العلامة قاسم: (لو قضى شافعيٌّ بمُوجَب بيع العَقار: لا يكون ذلك القضاءُ) بالمُوجَب (قضاءً بأنه لا شُفعةَ للجار)، مع أن عدم الشُّفعة للجار كان من موجَبه عنده. (و)كذا (لو كان القاضي) الحاكم بمُوجَب بيع العقار (حنَفيًّا: لا يكون ذلك) القضاءُ (قضاءً بأن الشُّفعة للجار)؛ لأن قضائهما كان فتوى، لا حكمًا شرعيًّا؛ لعدم الشرط من الدعوى والحادثة، (إلى آخر ما ذكره) العلامة قاسم (من الفروع)، أي: فروع اشتراط نفاذ القضاء في المُجتهَدات بكونه في حادثةٍ ودعوى.

(ومشّى عليه)، أي: الشرط المذكور، العلامة محمد بدر الدين (ابنُ الغَرس) في «الفوائد الفقهية في أطراف القضية الحكمية»، (وأوضَحه)، أي: ذلك الشرط، (بأمثِلة) كثيرة.

وحاصلُ ما حرَّره ابن الغرس في هذه المسألة: أن الأصل التصريحُ بالمحكوم

= وهو أن يصير حادثة، فيجري بين يدي القاضي من خصم إلى خصم، حتى لو فات هذا الشرط لا ينفذ القضاء؛ لأنه فتوى».

به، فيقال: قضى بالدار، بالفرس، بأن يُسلِّمه العينَ المَبيعةَ، بأن يقضي دينَه، إلى غير ذلك من الأمور التي يتوجَّه إليها القضاءُ، ولا يُعرَف للسلف غير ذلك، ثم تُعُورِفَ القضاءُ بالمُوجَب توسعةً وتسترا[1]، ثم هُزِلت إلى أن آلَ الأمرُ إلى أن يقول: قضيتُ بالمُوجَب، مَن لا يعرف مدلولَه في الأصل، فضلا عن مدلوله في تلك الشخصية.

والمُوجَب: هو ما أوجَبه الشيءُ، أي: اقتضاه، فالمُوجَب والمقتضَى[2] واحدٌ، ثم إنه استُعمل المُوجَب في باب الحكم أعمَّ من المقتضَى، فيصدُق المُوجَب دون المقتضى فيما لو باع مُدبَّرَه، ثم حصل في ذلك تنازُعٌ عند القاضي الحنفيِّ، فاستوفى وحكَم بمُوجَب ذلك البيع: فإن ذلك الحكم يكون صحيحًا، ومعناه: الحكم ببُطلان البيع، ولا يخفى أن الشيء المعلوم المُحقَّق لا يقتضِي بطلانَ نفسه، فلا مقتضى لهذا البيع عند الحنفي وإن كان له مُوجَب؛ إذ يصح أن يقال: موجَب هذا البيع البطلانُ؛ إذ لو لم يصح ذلك: لكان الحكمُ باطلا لا معنى له، والمُصرَّح به بخلافه، ولا يصح أن يقال: مقتضاه البطلانُ؛ لأن بيع المُدبَّر باطلٌ عنده، فلم يَتوجَّه الحكمُ بمُقتضاه؛ إذ لا مقتضى له، لما علمت.

وكذا لو وقف على نفسه، فحكم الشافعيُّ بمُوجَب ذلك: فإن الحكم صحيح، ومعناه: إبطال ذلك الوقف، وليس للحنفي أن يحكُم بصحته بعد ذلك؛ إذ يصح أن يقال: مُوجَبه عند الشافعي البطلانُ، لا مقتضاه، فلو لم يكن الموجب أعمَّ: لما صحَّ هذا الحكمُ وهذا الإطلاقُ.

فالمُوجَب في هذا الاصطلاح عبارةٌ عن المعنى المُتعلِّق بما أُضيف إليه في

(١) كذا في النسخ، ولعل الصواب: (تيسيرا).

(٢) في هامش (ع): (وهو اللازم المتأخر)

ظنِّ القاضي شرعًا من حيث إنه يقضى به، سواء كان الذي أُضيف إليه ذلك المعنى اقتضى ذلك المعنى بذاته أم لا، إلا أنه مُضافٌ إليه ومُتعلّقٌ به في الجملة، ليدخُل في ذلك الصورتان المتقدمتان، فإذا باع بيعًا صحيحًا: فمقتضاه الشرعيُّ خروجُ العين المَبيعة من ملك البائع ودخولُها في ملك المشتري، واستحقاق التسلُّم والتسليم في الثمن والمُثمَن، إلى غير ذلك من مُقتضيات البيع ولوازمه.

فلذلك المعنى: المحكومُ به، المُضافُ إلى البيع، المُتعلّقُ به في ظنِّ القاضي شرعًا، هو المُوجَب هنا، وهو الذي اقتضاه عقدُ البيع. وأما المُوجَب في بيع المُدبَّر، فهو المعنى الذي أُضيف إلى ذلك البيع في ظنِّ القاضي شرعا، وهو كونُ ذلك البيع باطلا، وهذا المعنى ليس مقتضى ذلك البيع.

ثم إن القاضي من حيث حكمُه بالمَقضِيِّ به، إما أن يُصرِّح بعين المحكوم به، أو بمُوجَبه، أو بصحته، أو بلُزومه، أو ببطلانه، فهي خمسةٌ، والحكمُ بالمُوجَب أعمُّ من الجميع لتحقُّقه فيها، وبين الحكمِ بالصحة والحكمِ بالبُطلان التبايُن، والحكمُ بالصريح أعمُّ من الحكم بالصحة؛ إذ كلَّما صدُق الحكمُ بالصحة صدُق الصريح، ويصدُق الصريحُ دونه في الحكم بالبُطلان لمَا بينهما من التضادِّ، وكذا الحكمُ بالصريح أعمُّ من الحكم بالبطلان، والحكمُ باللُّزوم يُباين الحكمَ بالبطلان؛ إذ لا شيء من الباطل بلازمٍ، وعكسه، والحكم بالصريح أعمُّ من الحكم باللُّزوم؛ إذ اللُّزوم صريحٌ، ويصدُق الصريحُ في البُطلان، والحكم بالصحة أعمُّ من الحكم باللُّزوم لصدقِه في العُقود الغير اللازمة.

ثم إن المُوجَب إما أن يكون أمرًا واحدًا أو أُمورًا، وهي إما أن يستلزِم بعضُها بعضًا أو لا، والمراد باللزوم هنا استدعاءُ ثبوتِ بعضِها ثبوتَ البعض الآخَر عند

القاضي، بحيث لا يقبل الانفكاك في الثبوت عنده، لا الاستلزامُ في نفس الأمر.

فالقسم الأوَّل أمرُه ظاهر، كالقضاء بالمُوجَب في الأملاك المُرسَلة، والطلاق، والعتاق؛ إذ لا موجب لذلك سوى ثبوت ملكِ الرَّقبة للعين في المُدَّعَى، والحُرِّيَّةِ في العبد، وانحلالِ قيدِ العِصْمة في الطلاق، فالموجب في ذلك واضحُ الدلالة.

والقسم الثاني كالكفيل بالمال إذا طالبه المكفولُ له في غَيبة المكفول عنه، فأنكر، فأقام الحجة بالدين والكفالة، وقضى بموجب ذلك، فالموجب هنا أمران: لزوم الدَّين في ذمة الكفيل، ووجوبُ أدائه على الكفيل بالطلب، والثاني مُستلزِمٌ الأوَّلَ في الثبوت، فطريقُه طريقُه، ولا يُتصوَّر انفكاكُ الثاني عن الأوَّل في الثبوت؛ إذ لا يمكن المُخاصَمة بين الدائن والكفيل والمُطالَبَةُ مع قطع النظر عن المديون أو الأصيل، ولا أن يثبُت عند القاضي وجوبُ أداء الدَّين من الكفيل، إلا أن يثبت عنده شغلُ ذِمَّة الأصيل بالدين، فالقضاء بالمُوجَب هنا قضاءٌ بالجميع.

وأما القسم الثالث، وهو الذي ذكره المصنِّف رحمه الله، فالموجب فيه مُجمَلٌ، تفسيرُه الطريق المُوصِلة إلى القضاء، فإن أدَّى جميع تلك الصور[1] فُسِّر بها، وإلا فيحسب به.

ومن أمثلة ذلك: لو وهَب ابنَه، وسلَّمه العين الموهوبة، فالمُوجَب هنا أُمورٌ: خروجُ العين من ملك الواهِب إلى ملك الموهوب له، وأن الواهب لا يملك الرُّجوع في الهبة لقَرابة الولاء عندنا، ويملك الرجوعَ عند الشافعي، والأمر الأوَّل لا يستلزم الثاني في الثبوت وإن استلزمه في النِّسْبة إلى الحكم الذهني، فيجوز التداعي هنا والتنازُع من حيث انتقال الملك مع قطع النظر عن الرجوع وعدمه، فإذا

(١) في (ع) و(خ): (الأمور).

قضى القاضي بمُوجَب هذه الهبة رجع إلى تفسير الموجب، ومعناه: إلى الطريق المُوصِلة إلى الحكم، فإن أدَّت إلى الجميع كان القضاءُ بالموجب قضاءً بها، كما إذا حصل الحكمُ بالموجبْ بعد التداعي من حيث الانتقالُ ومن حيث الرجوعِ، وحصل التخاصُم في الأمرَين بالطريق الشرعي، وقامت البيِّنة لديه بالعقد والتسليم والرُّجوع، فقضى بمُوجَب تلك الهبة: فإن الموجب شاملٌ حينئذ، وليس للمُخالِف الدخولُ فيما يتعلق حينئذ بالرجوع، وإن كان التداعي والتخاصُم في الانتقال وعدمه، ولم يتعرَّض فيه إلى الرجوع ولا إلى عدمه، فقضى بالموجب: كان قضاؤه مُقتصِرًا على الأمر الأول، فإذا رجع الواهب، ورُفعت الحادثةُ إلى شافعيٍّ: كان له أن يحكُم بصحة الرجوع.

وكذلك لو حكم حنفيٌّ بمُوجَب البيع في عبدٍ بشرط البراءة من كل عيبٍ، وبعدم الردِّ بعيبٍ وإن ظهر، مع العلم بالخلاف، والحال أن المُتبايعين[1] لم يَتخاصَما عنده في عيبٍ ظهَر، وإنما حصل التداعي عنده في مُطلَق التبايُع، وقامت البيِّنةُ بجَرَيان العقد بهذا الشرط، فلو رُفع إلى قاض شافعيٍّ، وتخاصَما في ظهور العيب: كان له أن يحكُم بالردِّ، وقضاءُ الحنفي لا يكون مانعًا؛ لعدم الخصومة في مُتعلق ذلك الشرط، فهي حادثةٌ أخرى.

ثم قال: **والأصل في هذه المسائل أن القضاء في حقوق العباد يُشترَط له الدَّعوى والمُخاصَمة المُوصِلة إليه شرعًا، على وجهٍ تحصُل به المُطابقةُ بين الدعوى والحُجَّة والمَقضِيِّ به، إلا ما كان على سبيل الالتزام الشرعي، وليس للقاضي أن يَتبرَّع بالقضاء بين اثنَين فيما لم يَتخاصَما إليه فيه، وإن حصَل بينهما التخاصُم فيما له تعلُّقٌ بذلك في الجملة، والتنبُّه لهذه الدقيقة من أجلِّ الفوائد، انتهى ما أُريدَ منه.**

---

(١) في النسخ: (المتبايعان)، ولعل الصواب ما أثبت.

[الثاني: هل يُكتفى بكتابة المُوثِّق:
«وحكَم بمُوجَبه حكمًا صحيحًا مُستوفيًا شرائطَه الشرعية»؟]

(الثاني) من تلك التنبيهات: (لو قال المُوثِّق)، أي: كتب في الصكِّ، (وحكَم بمُوجَبه حكمًا صحيحًا مُستوفِيًا شرائطَه الشرعيةَ، فهل يُكتفَى به؟)، أي: ذلك القول في صحة الصك والحكم.

(فأجبتُ مرارًا: بأنه لا يُكتفى به) في صحتهما، (ولا بد) لصحتهما (من بيان تلك الحادثة والدَّعوى وكيفيةِ الحكم؛ لما) ذكَر (في «المُلتقَط» من كتاب الشهادات: ولو كتب) القاضي (في السِّجِل)، أي: الذي يكون في يد المُدَّعِي، وهو المُسمَّى في زماننا: «حُجَّة»؛ لما في «المنح»: السِّجِلُّ: الحجةُ التي فيها حكمُ القاضي، وهذا في عُرفهم، وفي عُرفنا: كتابٌ كبير يُضبَط فيه الوقائعُ، وما يحكُم به القاضي، وما يكتب عليه. ومما يدل على أنه الحجة قولُهم: لأن السِّجِلَّ يُردُّ من مصر إلى مصر، ولا يكون كذلك إلا الحجة.

(ثبت عندي بما يُثبِت الحوادثَ أنه كذا، لا يصِحُّ ذلك) في صحة السجل والحكم (ما لم يُبيِّنْ الأمرَ) الذي يُثبِت الحوادث الحكمية من بيِّنةِ المدعي، وإقرار أو نُكولِ المُدَّعَى عليه، (على التفصيل[1]).

واعلم أن ابن الغرس نقل في «الفوائد» أن قول القاضي: «ثبَت عندي»، هل يكون حكمًا منه أو لا؟ وأن الوجه في التفصيل: إن وقع الثبوتُ على مُقدِّمات الحكم أو بعضِها فليس بحكم، وإلا فهو حكمٌ، لكن في «العمادية»: «قال القاضي: ثبت عندي أن هذا لهذا، يكون حكمًا منه، وقال بعضهم: لا يكون حكمًا، وكان

(١) «الملتقط»، كتاب الشهادات، مطلب: كتابة الشهادة في السجل (ص ٣٨٦).

شمس الأئمة الأوزجندي يقول: لا بد أن يقول: قضَيتُ، أو حكمتُ، أو نفَّذتُ عليك القضاءَ، وهكذا ذكر الناطفيُّ في «واقعاته»، والصحيح أن قوله: حكمتُ وقضَيت، ليس بشرط، وأن قوله: ثبت عندي، يكفي. وإذا قال: ظهر عندي، صحَّ عندي، علمتُ، فهذا كلُّه حكمٌ. وقال شمس الأئمَّة الحلواني: قول القاضي: ثبت عندي، يكون حكمًا منه، وبه نأخُذ، لكنَّ الأَولى أن يُبيِّن الثبوتَ بالبيِّنة أو الإقرار؛ لأن حكم القاضي بالبيِّنة يخالف الحكمَ بالإقرار»، انتهى.

وذكر الطرسوسي في «أنفع الوسائل» بعد ما ذكر كلامَهم: «قلت: فتحرَّر لنا من هذا كلِّه أشياءُ، منها: أن الثبوت حكمٌ على المُختار، وهو المُفتَى به»[1]، انتهى.

وعلى كلٍّ، فالقضاء في حقوق العباد إنما هو لدفع الخِصام الواقع بينهم في الحوادث التي يترافعون بها إلى القاضي، بتقرير ذلك المعنى الذي هو نَصُّ المسألة وموضع التجاذُب في الطريقين بين الخصمين، ويشترط لذلك الطريقُ التامُّ الذي هو الحكم بالطريق المُوصِلة إليه من الدعوى والحجة وتوابع ذلك، على ما هو معروفٌ في موضعه، ولا بد من التطبيق بين الدعوى والحُجَّة والمَقضِيِّ به والقضاء، وهذا أمرٌ متفقٌ عليه بين الحنفية وغيرهم.

ومن المعلوم أنه لا يقع الخصامُ في صحة هذا العقد وفساده، وإنما يحصل في آثاره المُتعلِّقة به، فما الذي يدعو القاضي إلى الحكم بصحته، وإنما المطلوب الشرعيُّ أن يَقضِيَ بنصِّ الدعوى وموضع النزاع، وهو بعد اعتبار الصحة والفساد؟

فالوجه أن القضاء بالصحة لا يصِحُّ على سبيل الاستقلال، فحينئذ لا يُكتفَى بالإجمال والحكمِ بالصحة ما لم يُبيِّن الحادثةَ والدعوى وكيفيةَ الحكم، كما

---

(١) «أنفع الوسائل»، مسألة: ما يكون حكما من القاضي (ص ٥٨٧).

أن الإجمـال الواقـع في الحكـم بالثبوت كذلك، فالاستدلال منه رحمـه الله تعالى بناءً على صحـة الحكـم بالمُوجَـب، وأن الحكـمَ بالصحـة صحيـحٌ، وأن الحكم بالثبوت كذلك.

وبعد هذا كله، فالإجمال الواقع في عبارة الموثِّق لا يكفي، كما أن الإجمال الواقع في السِّجِلِّ هو الذي منَع صحته، وهو المقصود من نقل عبارة «الملتقط».

وهذا الذي ذكره المصنِّف هنا هو صريح عباراتهم، ولا سيما ابن الغرس في «الفوائد الفقهية»، فسقَط ما قيل: إن المعروف عن كثير من المشايخ أنه يُكتفى به؛ لتصريح علمائنا في مواضعَ شتَّى أن حكم الحاكم يُحمَل على السَّداد ما أمكن، وأن قول الموثِّق: «حكَم حكمًا صحيحًا مُستوفيًا شرائطَه»، ينتظم ما لا بد منه من صدور دعوى صحيحة من مُدَّعٍ على مُدَّعى عليه، وكتبُ المذاهب ناطقةٌ بذلك، فراجِعْ منها ما شئتَ تجِدْه مُطابقًا لما ذكرنا، انتهى[1]، تأمل. وهو ساقطٌ لما سينقُله بعد ذلك.

(ثم قال) في «الملتقط»: (حُكِي أنه لما استُقضِي قاضي عَنبُسة)، بعين مفتوحة، ونون ساكنة، وباء مُوحَّدة مفتوحة، بعدها سين وتاء مُثنَّاة، اسمُ موضع، أي: لما صار قاضيًا، (ببُخارى، كان يكتب شمسُ الأئمَّة في مَحاضِرهم)، أي: أهل بخارى حين عرَضوها عليه هل هي صحيحةٌ أو لا؟ (لا)، أي: يكتُب هذا اللفظَ، أي: ليست بصحيحة، (فأَوردوا)، أي: أهلُ بخارى، (عليه)، أي: على الحلواني، (في أجوبته التي أجابَها في سِجِلَّات كُتِبت) المحاضر (بتلك النسخة بعينها بـ «نعم»)، متعلِّقٌ بـ «أجوبته»، بمعنى: أوردوا عليه أنك أجبتَ في السِّجلات التي هي نسخةُ مَحاضِرنا بـ «نعم»، فكيف تُجيبُنا بـ «لا»، مع عدم المخالفة بينهما أصلا؟ (فقال) الحلواني

(١) انظر: «غمز العيون» (١/ ٣٣٠).

في جوابهم: (إنكم لا تُفسِّرون الشهادة)، الخطاب إما لهم باعتبار قاضيهم، أي: إن قاضيَكم الآن لا يُفسِّر الشهادة، أو للقاضي، وجمَعه تعظيمًا، ثم التفتَ على الأوَّل فقال: (وقبلكَ) يا قاضي عنبسة، (القاضي) أبو الحسن عليُّ بن الحسين بن محمد (السُّغْدي)، بضَمِّ أوَّلِه، وسكون الغين المُعجَمة، ودال مهملة، ناحية كثيرة المياه والرياض، فيها قُرى كثيرةٌ بين بُخارى وسمرقند، وقصبتُها سمرقند، وربما قيل بالصاد، سكَن بُخارى، وكان إمامًا فاضلا، وفقيهًا مُناظرًا، وتُوفِّي ببُخارى سنة إحدى وسِتِّين وأربعِمائة، (وقبلَه شيخُنا أبو علي النسفيُّ)، نسبة إلى نسف من بلاد ما وراء النهر، وهما وإن لم يُفسِّرا الشهادةَ كما لم تُفسِّروا، (لكن كان لا يخفى عليهما الأمرُ)، فلذلك اعتمدنا على حالهما وأجبنا في سِجلاتِهم بـ «نعم»، (وأما أنت) يا قاضي عنبسة (وأمثالُك) من القضاة، (لا نَثِقُ بالوقوف)، أي: بوقوفكم، على حقيقة ذلك الأمر حتى نكتفيَ بإجمالكم ونُجيبَ بـ «نعم»، (فلا بد لكم من التفسير)، أي: تفسير الشهادة حتى تصح محاضرُكم.

(وعن السيد الإمام أبي شجاع، قال: كُنَّا نَتساهَل في ذلك)، أي: نكتفي بالإجمال، (كمشايخنا، حتى طالبتُهم بتفسير الشهادة، فلم يأتُوا بها)، أي: الشهادة صحيحة، (فتحقَّق عندي أن الصواب هو الاستفسارُ) وعدمُ الاكتفاء بالإجمال، (انتهى) كلام «الملتقط»[1].

(وفي «الخلاصة» من كتاب المَحاضر والسِّجِلات: الأصل في المَحاضر والسِّجِلات أن يُبالغ في الذِّكْر والبيان بالتصريح، ولا يُكتفَى بالإجمال، حتى قيل: ولا يُكتفَى في المَحضر أن يكتُب: «حضَر فلان، وأحضَر معه فلانا، فادَّعى هذا الذي

---

(١) «الملتقط»، كتاب الشهادات، مطلب: ذكر الدينار الهروي (ص ٣٨٧ ـ ٣٨٨).

حضَر عليه»)، متعلِّق بـ «ادعى»، (ولكن يكتُب: فادَّعى هذا الذي حضَر على هذا الذي أحضَره)، يعني: لا يكتفى عن ذكر المُدَّعى عليه بالضمير العائد إليه في لفظ «عليه»، بل لا بد من ذكره بقوله: هذا الذي أحضره.

ثم لم ينقطِعْ صاحبُ «الخلاصة» عن ذكر ما يدل على وجوب التفصيل وعدم جواز الإجمال، (إلى أن قال: وكذا لا يكتفي بذكر قوله: فشهِد كلُّ واحد منهما بعد الاستشهاد، ما لم يذكُرْ قوله: عقِبَ دعوى المُدَّعِي هذا)، ثم قال: «ولا يكتفى بقوله: عقب دعوى المدَّعِي على المدَّعَى عليه، هنا إلا بعد قوله: والجواب بالإنكار من المُدَّعى عليه».

ثم ذكر لزومَ تفسير الإنكار، وأحال اشتراطَ أن يقول الشاهدُ: المدَّعَى به في يد المدَّعى عليه، على ما ذكره في كتاب الشهادات، فانتهى كلامه (إلى أن قال: وينبغي أن يكتب في السِّجل حكمَ القاضي ولفظَ الشهادة بتمامها، ولا يكتفى بما يُكتَب)، أي: يكتُب الموثِّقون، (في السِّجلَّات من قولهم: ثبت عندي على الوجه الذي يثبُت الحوادث الحُكمية...، إلى آخره)، وآخِرُه: «وما لم يذكر «على وجهه»، لا يُفتَى بصحة السِّجل، وكذا لا يكتفى بقوله: وشهِد الشُّهودُ على مُوافَقة الدعوى».

(وحكى فيها)، أي: «الخلاصة»، (واقعةَ الحلواني مع قاضي عنبسة)، فقال: وذكَر الإمام النسفي في نسخته حكاية شمس الأئمة مع قاضي عنبسة، وردَّه المَحاضر والسِّجلات بهذا، ونقل عن شمس الأئمة أنه كان يقول: كيف يُكتفَى بقوله: وشهِدوا على موافقة الدعوى، والمدَّعِي يقول: المدَّعَى به ملكي، والشاهد يقول: والمدَّعَى به مِلكُ المدَّعِي، فلا يكون بينهما مُوافَقة، (إلى أن قال) صاحب «الخلاصة»: (والمختار في هذا الباب)، أي: باب المحاضر والسجلات صحةً وفسادًا، (أن يُكتفى في السِّجلات) بكَتْب قوله: ثبت عندي على الوجه الذي يثبُت

به الحوادثُ الحكمية، (دون المحاضر)، فلا يكتفى فيها بكتابة ذلك؛ (لأن السِّجِلَّ لا تُردُّ من مصر إلى آخر، فلا يكون في التدارُك حرجٌ. أما في المحاضر، فلا يمكن التدارُكُ)؛ لأنها تُرَدُّ من مصر إلى آخر.

قيل: الصوابُ؛ موافقةً لما في «الفصولين»، أن يقول: لأن السجل ترد من مصر إلى آخر، فيكون في التدارُك حرجٌ، (انتهى) كلام «الخلاصة»[1].

لكن قيل: يخالفه ما في «الظهيرية» من أنه لا بد من تفسير الشهادة فيهما، ونقله المصنِّف في «بحره»[2]، انتهى.

وفيه نظر؛ لأن قوله: يكتفى في السجلات، أي: بكتابة «ثبت عندي... إلخ»، لا في تفسير الشهادة، فلا مخالفة.

فتحرَّر من هذه النقول أنه لا بد من بيان الحادثة، وبيان المُدَّعِي، والمُدَّعَى عليه، ولا يكتفى بالضمير العائد، فلا بد من ذِكر المدَّعِي والمدعى عليه باللفظ الدالِّ عليهما صريحًا، وبعد تحرير الدعوى يكتب جواب المدَّعَى عليه من إقرار أو إنكار، ثم لزومُ تفسير الإنكار، ثم تفسير الشهادة، بأن يقول: هذا المُدَّعى به في يد هذا المدَّعى عليه، إن كان عينًا، وإن كان غائبًا فلا بد من نسَبه إلى جدِّه.

وحاصله: لا بد من الإشارة إلى الخصمين والمدَّعَى به إن كان عينًا، وإلا فينسبه إلى جدِّه، ولا بد من مُدافَعة الدعوى لفظًا ومعنًى بالوضع عنده، وعندهما معنى فقط.

---

(١) انظر: «خلاصة الفتاوى»، كتاب المحاضر والسجلات، الجنس الأول في المقدمة (٤/ ١٣٣).
(٢) انظر: «غمز العيون» (١/ ٣٣١).

وحاصله: أن المقصود من الدعوى الحكمُ، فلا بد من بيان ذلك، بأن يقول: هذه العينُ في يد المدَّعَى عليه، وهي في ملكه، ويزيد في المنقول: في يده بغير حقٍّ، وطلَب إحضارَه إن أمكن، وذكر قيمتَه إن تعذَّر، وفي دعوى العَقار لا بد من تحديده، ويكتفى بثلاث منها وأسماءِ أصحابِها ونسبِهم إلى الجدِّ إن لم يكن مشهورًا؛ إذ لا تثبُت اليدُ في العقار إلا بحُجَّةٍ أو علمِ قاضٍ، لا بتصادُقهما إذا ادَّعى ملكًا مطلقًا، وإنْ غَصْبًا أو شِراءً فلا، وأنه يطالبه به، ولو كان دَينًا: ذكَروا جِنْسَه وقدرَه، وإن وَزْنيًّا، كالذهب والفضَّة: لا بد أن تُذكَر الصفةُ من الجيادة والرَّداءة، وفي المِثليَّات لا بد من ذكر الجنس والنوع والصفة والقدر وسبب الوجوب.

فإذا صحَّت: سأل الخصمَ، فإن أقرَّ: حكَم به، وإن أنكَر: سأل المُدَّعِي بيِّنةً، وشرطُها موافقتُها للدَّعوى لفظًا ومعنًى عنده، ومعنًى عندهما ولفظ «أشهد»، فإذا شهِدوا: قضى القاضي بشهادتهما إن لم تُردَّ بمُفسِّقٍ أو مُبطِلٍ، بأن يقول: حكمتُ أو قضيتُ على فلان هذا لفلان هذا بكذا، ويكتُب هذا التفصيل على الوجه المذكور كتابًا يدفعه للمحكوم له ليُبْرِزَه عند الاحتياج إليه، وشرطُ صحتِه ما ذُكِر، فلو كتب في الكتاب المدفوع إليه شيئًا من الإجمال في الحادثة أو الدعوى أو الشهادة أو كيفية الحكم: لا يُفتَى بصحته.

وهذا حاصل الجواب الذي أجاب به المصنِّف؛ فإن قول الموثِّق: وحكم بموجَبه حكمًا صحيحًا مستوفيًا شرائطَه الشرعية، إجمالٌ لذلك كلِّه.

نعم؛ إن كانت هذه الكتابة بعد كتابة[1] تفصيل الحادثة والدعوى وتفسير[2]

---

(١) قوله: (كتابة)، في (ظ) فقط.

(٢) كذا في (ظ). وفي بقية النسخ: (وبين).

الشهادة فيكون ذلك[1] إجمالا لكيفية الحكم: فهو صحيح، وهو حاصل الجواب الأوّل، والنُّقول التي اعتضد بها تدلُّ على ما ذكره.

فسقَط ما قاله بعضهم: إن في جوابه هذا نظرًا؛ لأنه إن أراد أنه لا يُكتفَى به عقب حادثة معيَّنةٍ ودعوى صحيحةٍ شرعية، من خصم على خصم حاضرٍ: فهو مُسلَّم[2]، كيف؟ وقد قال أوَّلا: إنهم كتبوا عقب الواقعة: «وحكَم بموجَبه»، فإن كتَبُوه في حادثة خاصَّةٍ ودعوى صحيحةٍ يكفي ذلك، ولا ينقُضه قاضٍ آخرُ؛ لصحة الحكم به، فإذا اكتُفِي بذلك بعد دعوى صحيحةٍ فصحةُ الاكتفاء بهذا بالطريق الأولى، على أنهم صرَّحوا بأن قضاء القاضي محمولٌ على السَّداد مهما أمكن، فإذا وقع القضاءُ بالموجَب بعد دعوى صحيحة يُحمَل على الصحة؛ وإن أراد أنه لا يُكتفَى به مطلقًا فمُسلَّمٌ، وليس الكلام فيه، بل في كَتْبه: «بعد دعوى صحيحةٍ»، وكلام «الملتقط» محمولٌ على هذا، انتهى، فتأمَّل هذا الكلام الذي تركُ ردِّه أَولى من ضدِّه.

ثم إنه ذكر العمادي في «فصوله» تفصيلا لا بأس بذكره، فنقول: «قال: ذكر نجم الدين النسفيُّ في «فتاواه» أن الإشارة في مواضعها من أهمِّ ما يحتاج إليه في الدعاوى، وإنما كانت أهمَّ قطعا للاحتمال، حتى قالوا: إذا كتب في المحضر: حضر فلان مجلسَ الحكم وأحضَر مع نفسه فلانا، فادعى هذا الذي حضَر عليه، لا يُفتَى بصحة المَحْضر، وينبغي أن يكتب: فادعى هذا الذي حضَر على هذا الذي أحضَره معه؛ لأنه بدونه يُوهِم أنه أحضَر هذا وادَّعى على غيره، وكذا عند ذِكر المُدَّعِي والمُدَّعَى عليه في أثناء المَحضَر لا بد من ذكر لفظةِ «هذا»، فيكتب: المدَّعِي هذا والمدَّعَى عليه هذا، وكذلك

---

(١) قوله: (ذلك)، في (ظ) فقط.

(٢) كذا في النسخ. ولعل الصواب: (غير مسلم) أو (ممنوع).

إذا ذكر المدَّعِي والمدعى عليه في المحضر أو في السجل باسمهما وأشير إليهما، بأن يكتب في السِّجلِّ مثلا: وقضيتُ لمحمد هذا المدَّعِي على أحمد هذا المُدَّعَى عليه.

وإذا كتب في المحضر عند ذكر شهادة الشُّهود: وأشَارُوا إلى المُتداعِيَين هذَين، لا يُفتَى بصحته؛ لأن الإشارة المُعتبَرة هي الإشارةُ عند الحاجة إليها، ولعلهم أشاروا إلى المدَّعَى عليه عند الحاجة إلى الإشارة إلى المدَّعِي، وأشاروا إلى المدَّعِي عند الحاجة إلى الإشارة إلى المدَّعَى عليه، ويكون ذلك إشارةً إلى المُتداعِيَين، ولا تكون معتبرةً، فلا بد من بيان ذلك بأبلغ وجهٍ.

وعن هذا قالوا: إذا كتب في الإجارة الطويلة: آجَر فلان بن فلان أرضَه بعد ما جرَتْ المُبايَعةُ الصحيحة بينهما في الأشجار والرزاجين التي في هذه الأرض، لا يُفتَى بصحة الصكِّ، وكذلك إذا كتب: بعد ما جرَت المُبايَعة الصحيحةُ من المتعاقدَين هذَين في الأشجار والرزاجين التي في هذه الأرض، مكانَ لفظة «بينهما»، لا يُفتَى بصحة الصكِّ؛ لجواز أن الأشجار كانت للمُستأجِر، باعَها من الآجِر، ثم استأجَر الأرضَ، وعلى هذا التقرير لا تصِحُّ إجارةُ الأرض وهذه إجارةُ الأرض بعد ما جرَت المُبايَعة الصحيحُة في الأشجار بين المتعاقدَين، كما كُتِب في الصورة الأُولى، وبعد ما جرَت المبايعةُ الصحيحةُ من المتعاقدَين، كما كُتب في الصورة الثانية؛ لأنهما متعاقدان، وينبغي أن يكتب: آجَر الأرضَ منه بعد ما باع الآجِرُ الأشجارَ والرزاجين منه.

وهذا هو الأصلُ في جنس هذه المسائل في البيع والشراء والإجارة، فإنه لو ذكر في باب البيع والشراء: تَقابَضا تقابُضًا صحيحا، لا يُكتفَى بذلك إلا بذكر البيان، وهو التصريح.

وفي «المحيط»: لو كتب: وشهد الشهودُ على وفق الدعوى، لا يصح؛ لأن الشهادة على وفق الدعوى أن يدَّعِيَه الشاهدُ لنفسه كما يدَّعِيه المدَّعِي لنفسه، كذا اختاره شمسُ الأئمة.

وإذا كتب في المحضر: وأحضَر المدَّعِي شهودَه، وسألني الاستماعَ إليهم، فشهِدوا على مُوافَقة الدعوى، لا يفتى بصحة المحضر، وكذا لو كتب في السِّجل: فشهِدوا على موافقة الدعوى، لا يُفتى بصحة السجل، وكذا في كتاب القاضي إلى القاضي لو كتب: وشهدوا على موافقة الدعوى، لا يفتى بصحة الكتاب.

ومن المشايخ من فرَّق بينهما، فأفتى بصحة كتاب القاضي، والعملِ به، وبصحة السِّجل، وفسادِ المحضر؛ لأن كتاب القاضي يُرَدُّ من الأمصار، فلو ردَدْناه يقع المدَّعِي في الحرج.

والدليل على صحة الفرق بين السِّجلِّ والمحضر ما ذكره في «الزيادات»: مَن ادعى أنه وارثُ فلان الميِّت، فأقام على وراثته شهودًا، فالقاضي لا يقضي بوراثته ما لم يُبيِّنوا سببَ الوراثة. ولو ادعى أنه وارثُه، ولا وارثَ له غيرُه، وقالوا: لا ندري بأيِّ سبب قضى: فإن القاضي الثاني يجعله وارثًا؛ لأن قضاء القاضي محمولٌ على الصحة ومُوافقة الشرع، وعلى هذا كتاب القاضي.

وإذا كتب في السجل مُؤخَّرًا: ثبت عندي من الوجه الذي تثبُت به الحوادثُ الشرعية والنوازلُ الحكمية، لا يفتى بصحَّة السجل ما لم يُبيِّن على وجهه، وقيل: يفتى بصحته، قالوا: ويكتب في محضر الدعوى: شهد الشهودُ بكذا عقب دعوى المدَّعِي هذا كذا، ويكتب عقبَ جواب المدَّعَى عليه بالإنكار؛ كيلا يظُنَّ ظانٌّ أنهم شهدوا قبل الدعوى، أو شهدوا على الخصم المُقِرِّ؛ لأن الشهادة على الخصم المُقِرِّ لا تُسمَع إلا في مواضع.

وذكر في «الشروط»: ولا بد أن يذكر: وشهد كلُّ واحد بعد الدعوى والجواب بالإنكار؛ كي يخرج عن الخلاف؛ لأن عند الطحاوي إذا شهدوا بعد الدعوى والإنكار بدون طلب المدَّعِي الشهادةَ لا تُسمَع، قال في «الذخيرة»: وعندي: كل ذلك ليس بشرطٍ[1]»، انتهى كلام العمادي، وفي بعضه مُخالفةٌ لما تقدَّم، فتأمل.

بقي أنه لو اصطلح بعضُ القضاة على قولهم: وعرَّفه، أنه يلزمه كذا تعريفًا شرعيًّا، وهذا التعريف ليس بحكم، قال الخير الرملي في «فتاواه»: «والتعريف ليس بحكم؛ لأن الحكم إنشاءُ إلزام أو إطلاق، وعرَّفه في «الفواكه البدرية» أنه الإلزامُ في الظاهر على صفة مُختصَّة بأمرٍ ظنَّ لزومه في الواقع شرعًا، ثم قال: وقولنا: صفة مُختصَّة، فصلٌ احترُز به عن مطلق الإلزام؛ [إذ المُعتبَر هنا الإلزامُ] بالصيغة الشرعية، كـ: ألزمتُ وقضيتُ، وحكمتُ، وأنفذتُ عليكَ القضاء، وقد اختلفوا في قوله: ثبت عندي، فكيف يصِحُّ بقوله: «عرَّفه»؟»[2].

وكذا يكتبون: الثابتة وكالتُه بمُوجَب حُجَّةٍ سابقةٍ على تاريخه، قال: وما الحُجَّةُ إلا رسومٌ، وبمثله الحُجَّة لا تقوم.

وكذا يكتبون: الشاهد له بذلك كتابُ الوقف المُؤرَّخ المتصل الثبوت، وكتاب الوقف خطٌّ في كاغذ، وقد نصُّوا على أن الخطَّ لا يُعمَل به، فلا يعمل بمكتوب الوقف الذي عليه خطوطُ القُضاة الماضِين؛ لأن القاضي لا يقضِي إلا بالحُجَّة، وهي البيِّنةُ، أو الإقرارُ، أو النكول، انتهى.

---

(١) انظر: «الذخيرة البرهانية»، كتاب المحاضر والسجلات (١٤/ ٦٣).

(٢) «الفتاوى الخيرية»، كتاب أدب القاضي، باب خلل المحاضر والسجلات (٢/ ٢٢).

[الثالث: لا فرق بين الحكم بالصحة وبالمُوجَب باعتبار الاستواء في الشرط السابق]

(الثالث) من التنبيهات المذكورة: (أنه لا فرق بين الحكم بالصحة)، أي: صحة الشيء، بأن يقول: حكمتُ بصحته، (وبين الحكم بالمُوجَب)، بأن يقول: حكمتُ بمُوجَبه، (باعتبار الاستواء في الشرط السابق) لنَفاذ القضاء من كونه في حادثة ودعوى صحيحة من خصم على خصم، حتى لو قضى شافعيٌّ بمُوجَب بيع العَقار بلا خصم: لا يكون ذلك قضاءً بأنه لا شفعةَ للجار.

ويُفهَم من قوله: باعتبار الاستواء... إلخ، أنَّ بينهما فرقًا لا من ذلك الاعتبار.

وفُرِّق بينهما بأن الحكم بالمُوجَب أعمُّ من الحكم بالصحة، كما تقدم في صدق المُوجَب فيما إذا باع مُدبَّره وحكم بمُوجَبه حنفيٌّ: فإن موجبَه البطلانُ، لا الصحة. نعم؛ لو قيل بأن الموجب هو المقتضى، وأنهما لفظان مُترادفان: نقول بأن الحكم بالمُوجَب يستلزم الصحة، وأيضًا الحكم بالصحة يَنصَبُّ إلى نفاذ العقد الصادر من بيع أو وقف، بخلاف الموجب، فإنه يَنصَبُّ على لازمه من زوال الملك ونحوِه.

(فإن وقَع التنازُعُ بين خصمَين في الصحة: كان الحكمُ بها)، أي: الصحة، (صحيحًا) لوجود شرطه.

وبحَث فيه ابنُ الغرس بأنه يُشعِر بأنه يصح الحكمُ بالصحة والفساد على سبيل الاستقلال والقصدِ إليه.

وفيه ما فيه؛ لأن القضاء إنما هو لدفع الخصام والنزاع الواقع في الحوادث التي يَترافعون بها، ومن المعلوم أنه لا يقع التنازُع في صحة هذا العقد وفساده، إنما يحصل ذلك في آثاره ومُتعلقاته، والقاضي إنما يُقرِّر ذلك الأثر المتعلق بذلك العقد

مثلا بعد اعتبار الصحة والفساد، فالقضاء بها لا يكون إلا ضمنًا، انتهى.

وفيه نظر ظاهر؛ لأنا لا نُسلِّم أنه لا يقع التنازُع في الصحة، فإنه لو حكَم شافعيٌّ مثلا بصحة الإجارة الطويلة في الوقف، ثم قال الحنفيُّ: هذا الحكمُ لا يلزمني لأنه ليس بصحيح، فحكمُ القاضي للمُترافعَين إليه بالصحة صحيحٌ استقلالا[1].

(وإن لم يقع بينهما تنازُعٌ فيها: فلا) يصح الحكمُ بها.

(وكذلك الحكم بالموجب، إن وقع التنازُع في مُوجَبٍ خاصٍّ من مَواجِب ذلك الشيء عند القاضي، ووقعت الدعوى بشروطها) المعروفة المتقدِّمة: (كان الحكمُ) بالموجب (حكمًا بذلك الموجب الخاصِّ دون غيره) من المواجب، (وإلا)، أي: وإن لم يقع تنازُعٌ في ذلك الموجب الخاصِّ من مواجب ذلك الشيء، ووقعت الدعوى بشروطها، أو إن لم تقع الدعوى مُستجمِعةً لشروطها: (فلا) يكون الحكم بالموجب حكمًا بالموجب الخاصِّ، بل يكون الحكم بالموجب فاسدًا، فللقاضي الآخَرِ نقضُه؛ لما تقدم أن الموجب مُجمَلٌ يُفسِّره ما تقدَّمه من الحادثة الخاصَّة، فإن بُيِّنت الحادثةُ كان الحكم به حكمًا عليها، وإلا لا يصِحُّ الحكم به.

(فإذا أقرَّ رجلٌ بوقفِ عَقاره عند القاضي)، أشار به إلى أنهما لو تنازعا عند المُحكَّم، فحكَم باللزوم: لا يلزم الوقفُ بحكمه، وهو الصحيح، وقيل: حكمه فيه كحكم القاضي، (وشرَط فيه)، أي: ذلك الوقف، (شروطًا)، من كون الغلَّة له والنِّظارة والاستبدال، (وثبت ملكُه لما وقَفه[2])، وسلَّمه إلى ناظر، ثم تنازَعا عند

---

(1) في هامش (ع): (لو تنازعا في صحة الإجارة الطويلة لدى شافعي بعد إجارتها، فحكم بها، فحكمه صحيح، وتأمل).

(2) في هامش (ع): (لأنه لا يحكم بالصحة إلا إذا ثبت ذلك، وإلا فلا يحكم بها، بل بأصل الوقف، فتاوى قارئ الهداية).

قاضٍ حنفيٍّ)، بأن يريد الواقفُ الرجوعَ لعدم لزومه عند الحنفيِّ، ويمنعه الناظر للُزومه عند غيره، (وحكم القاضي) الحنفي (بصحة الوقف ولُزومِه ومُوجَبِه)، وهو خروجُه عن ملك الواقف، والصحةُ لا تستلزِمُ اللُّزومَ[١]؛ لأن الوقف جائزٌ غيرُ لازم عند أبي حنيفة، خلافا لهما، ولا معنى للجواز هنا إلا الصحة، ولا يلزمها اللزوم، فإذا قضى به مَن يرى جوازَه دون لُزومه لا مِريةَ يكون قضاءً به فقط، فسقَط ما قيل: إن القضاء بصحته مُقتضٍ للُزومِه، فلا يحتاج إلى التصريح باللزوم في القضاء به، فالحكمُ بجوازه ولزومه حكمٌ بهما، لكن (لا) يكون (حكمًا بالشُّروط)؛ لأنها ليست من مَواجِبه.

ثم فرَّع على عدم كونه حكمًا بها قولَه: (فلو وقع التنازُعُ) بعد هذا الحكم (في شيء من الشروط عند قاضٍ مُخالِفٍ) للقاضي الحنفي: (كان له)، أي: لذلك المخالف، (أن يحكُم بمقتضى مذهبِه، ولا يمنعه) عن الحكم بمقتضى مذهبه (حكمُ القاضي (الحنفي السابق؛ إذ لم يحكُم بمعاني الشروط)، وفي نسخة: «بالشروط»، وفي نسخة أخرى: «في الشروط»، والظاهر حذف «المعاني».

قال في «حاشية البيري»: «لا نُسلِّم أنه لم يحكم بالشروط؛ لأن الواقف ذكَر الشرائط، فيكون الحكمُ حكمًا بما قاله الواقف»[٢]، انتهى، تأمل.

---

(١) في هامش (خ): (عبارة ابن نجيم في «رسالته» في الحكم بالموجب: وها هنا فائدة، وهي أنهم قالوا: القضاء بصحة الوقف لا يكون قضاء بلزومه؛ لأن الوقف جائز غير لازم عند الإمام، لازم عندهما، فإذا قضى القاضي بصحته احتمل أن يكون قضى بذلك على مذهبه، ولا معنى للجواز هنا إلا الصحة، ولا يلزمها اللزوم، فيحتاج في لزوم الوقف على التصريح بذلك، انتهى).

(٢) انظر: «عمدة ذوي البصائر» (١/ ٢٧٤).

وفيه ما يُغني عن جوابه بقوله: (وإنما حكَم بأصل الوقف)، أي: بصحته ولزومه على طريق الأصالة، (و)حكم بـ(ما تضمَّنه من الشروط) على طريق التبَع، ومثلُ هذا الحكم لا يكون حكمًا مانعا من الحكم بمُقتضى مذهبِه؛ لعدم صحة الحكم بالشروط على هذا الوجه، ويدل على ذلك قولُه سابقًا: وحكَم بصحة الوقف، ولم يقُل: وحكم بالشروط، تأمَّل.

وقولُه: (فليس للشافعي الحكمُ بإبطاله)، أي: الوقف، تفريعٌ على صحة الحكم بلزوم الوقف، (باعتبار اشتراطِ الغلَّة له)، أي: الواقف، (أو) باعتبار اشتراط (النظر) له، (أو) باعتبار اشتراط (الاستبدال)، يعني: أن من كان مذهبُه أن لا يصح الوقفُ بهذه الشروط لا يصح أن يحكُم ببُطلان الوقف بها بعد ما حكم الحنفيُّ بصحة الوقف ولزومه؛ لأن الحكم الأوَّل لا يقبل النقض، لكن كون مذهبِ الشافعي بطلانَ الوقف بهذه الشروط لم أظفَرْ به. نعم؛ عند أبي يوسف: إذا شرَط الولاية لنفسه الشرطُ والوقف صحيحان، وعند محمد وهلال: كلاهما باطلان، وإذا جعل الغلَّة لنفسه فعند أبي يوسف: صحيح، وعند محمد: لا، وإن شرَط في أصل الوقف الاستبدالَ: فالوقف والشرطُ جائزان عند الثاني، وعند الثالث وهلال: الوقفُ جائزٌ والشرط باطلٌ، كذا في «الخلاصة»[1] وغيرها.

[الرابع: الحكم بضعيف المذهب، أو بمرجوع عنه، أو بخلاف المذهب]

(الرابع) من التنبيهات (بيَّنَّا في «الشرح») على «الكنز» (حُكمَ ما إذا حكَم بقول ضعيفٍ في مذهبه)، كالقضاء ببطلان الحقِّ بمضي سِنِين، وبالتفريق بالعجز عن النفقة غائبًا، أو بصحة نكاح مَزنيَّةِ أبيه أو ابنه، إلى غير ذلك، (أو)

(١) انظر: «خلاصة الفتاوى»، كتاب الوقف، الفصل الثالث في صحة الوقف (٤/ ٤١١، ٤١٣).

حكم (بروايةٍ مرجوعٍ عنها)، كالقضاء بحِلِّ مُطلَّقةٍ ثلاثًا بمُجرَّد عقد المُحلِّل بلا دخول؛ فإن سعيد بن المسيب رجع عن مذهبه في هذا القول، وحُكمَ (ما إذا خالف) القاضي (مذهبَه)، بأن حكَم على خلاف مذهبه في المسائل الاجتهادية، (عمدًا أو ناسيًا).

قال فيه: «لو قضى في مجتهَدٍ فيه مُخالفًا لرأيه، ناسيًا لمذهبه: نفَذ عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وفي العمد[1] روايتان عنه، وعندهما: لا ينفُذ في الوجهين، واختُلف في الترجيح، ففي «الخانية»: أظهرُ الروايتَين عن أبي حنيفة نفاذُ قضائه[2]، وعليه الفتوى، وهكذا في «الفتاوى الصغرى». وفي «المعراج» عَزْوًا إلى «المحيط»: الفتوى على قولهما، وهكذا في «الهداية»[3].

وفي «الفتح»: واختُلف في الفتوى، فقيل: على قوله، وقيل: على قولهما، والوجه في هذا الزمان أن يُفتَى بقولهما؛ لأن التارك لمذهبه عمدًا لا يفعله إلا لهوًى باطل، لا لقصدٍ جميل[4]، وهذا كله في القاضي المجتهِد. وأما المُقلِّد، فإنما ولَّاه ليحكُم بمذهبه[5]، فيكون معزولًا بالنسبة إلا ذلك الحكم»[6]، انتهى.

---

(١) كذا في النسخ. وفي «البحر»: (العامد).

(٢) انظر: «فتاوى قاضي خان»، كتاب النكاح، باب النفقة (١/ ٤٣٨).

(٣) كذا في «البحر». وفي النسخ: (الفتاوى الصغرى).

(٤) في غير نسخة (ظ) زيادة هنا، وهي: (وإذا قضى بقول مرجوع عنه، كما لو قضى في فصل مجتهد فيه، وكذا إذا قضى برواية ضعيفة أو بقول ضعيف؛ لاتفاقهم على أن القول الضعيف يتقوى بقضاء القاضي).

(٥) أي: مذهب الإمام أبي حنيفة، فلا يملك المخالفة.

(٦) «البحر الرائق»، كتاب القضاء، باب كتاب القاضي إلى القاضي، يبطل كتاب القاضي بموت الكاتب (٧/ ٩). وانظر: «فتح القدير»، كتاب أدب القاضي، باب كتاب القاضي إلى القاضي، فصل في قضاء المرأة (٧/ ٣٠٦).

«وكذا لو قضى بخلاف المُفتَى به، كما ذكره المصنِّف في رسالة «طلب اليمين بعد حُكمِ المالكي».

والمراد من النَّفاذ: الصحةُ، ومن عدمه عدمها، لا الصحةُ مع التوقُّف»(١).

وفي «الفصول العمادية» نقلا عن «شرح الطحاوي»: القاضي إذا لم يكن مجتهدًا، وقضى بالفتوى تقليدًا، ثم تبيَّن أنه خلافُ مذهبه: ينفُذ قضاؤه، وليس لغيره نقضُه، وله أن ينقُضَه على ما رُوي عن محمد، وعند أبي يوسف: ليس له نقضُه. وإذا كان مُجتهدًا يعلم برأي نفسه، فقضى برأي غيرِه: قال أبو حنيفة: ينفذ قضاؤه، وهو الصحيح، وقالا: لا ينفذ. وإذا نسِي رأيَه، فقضى برأي غيرِه، ثم تذكَّر رأيَه فعنده: ينفذ، وعندهما: لا، وصحَّح قولَهما في «البزازية»(٢).

وإن لم يكن له رأيٌ، فاستفتى فقيهًا، فقضى بفتواه، ثم حدَث له رأيٌ: لا يُرَدُّ قضاؤه، ويعمل برأيه الحادث في المستقبل، وهو قول محمد، وقال أبو يوسف: يرد قضاؤه. ولو كان له رأيٌ، فقضى برأيه، ثم حدَث له رأيٌ آخَر: لا ينقض قضاؤه، ويعمل برأيه الحادث في المُستقبل(٣).

والأصل في هذا أن رأيَ المجتهد بمنزلة انتساخ النصِّ، يَعمَل به المُجتهِد في المستقبل، لا الماضي، وهكذا في «الفتاوى الصغرى».

---

(١) انظر: «غمز العيون» (١/ ٣٣٣).

(٢) انظر: «الفتاوى البزازية»، كتاب أدب القاضي، الفصل الرابع فيما يتعلق بقضائه، نوع في عمله (٥/ ١٦٧ ـ ١٦٨).

(٣) انظر: «الفتاوى البزازية»، كتاب أدب القاضي، الفصل الرابع فيما يتعلق بقضائه، نوع في عمله (٥/ ١٦٨).

[الخامس: القضاء بخلاف الإجماع غير نافذ]

(الخامس) من التنبيهات: (مما لا ينفُذ القضاءُ به ما إذا قضى بشيءٍ مُخالِفٍ للإجماع، وهو ظاهرٌ) لا يحتاج إلى البيان، وذلك كالقضاء ببيع أُمَّهات الأولاد، فإنه لا يجوز بالإجماع، كذا في «البحر»[1].

وفي «الفتح» نقلا عن الخصَّاف أن: «للقاضي الثاني نقضَ القضاءِ ببيع أُمَّهاتِ الأولاد؛ لأنه مخالفٌ لإجماع التابعين، وقيل: هذا قول محمد، وعندهما: لا ينقض. وفي «النوازل» أن أبا يوسف مع محمد، قال شمس الأئمة: وهذه المسألة مبنيَّةٌ على أن الإجماع المتأخِّر يرفع المُتقدِّم، فعند محمد: يرفع لإجماع التابعين على عدم الجواز واختلافِ الصحابة، فعليٌّ رضي الله عنه أجازَ بيعَهن، ومنَعه عمرُ وغيرُه، وعندهما: لا يرفع[2]، فوقع في محل الاجتهاد، فلا ينقضه القاضي الثاني، لكن قال أبو زيد الدبوسي في «التقويم»: إن محمدا روَى عنهم جميعًا أن القضاء ببيعهنَّ لا يجوز[3]، فعُلم أن هنا اختلافًا في الرواية»[4].

قالوا: ومما خالف الإجماعَ القضاءُ بحِلِّ متروك التسمية عامدًا، كما صرَّح به في «البحر»[5]،..

---

(١) «البحر الرائق»، كتاب القضاء، باب كتاب القاضي إلى القاضي، يبطل كتاب القاضي بموت الكاتب (٧/ ١١).

(٢) انظر: «المبسوط»، كتاب البيوع، باب البيوع الفاسدة (١٣/ ٥).

(٣) انظر: «تقويم الأدلة» (١/ ٢٠١).

(٤) انظر: «فتح القدير»، كتاب أدب القاضي، باب كتاب القاضي إلى القاضي، فصل في قضاء المرأة (٧/ ٣٠٢).

(٥) انظر: «البحر الرائق»، كتاب القضاء، باب كتاب القاضي إلى القاضي، يبطل كتاب القاضي بموت ...

وردَّ على ما في «الخلاصة» من أنه قولُ أبي يوسف[١]، وعندهما: جائز، وقال: لا خلاف في عدم الحِلِّ عندنا، والحقُّ أنه ليس من قَبيل ما يسُوغ فيه[٢] الاجتهادُ عندنا؛ لنقل الفقهاء والأُصوليِّين بحيث شدَّدُوا النكيرَ على الشافعي في القول بحِلِّه[٣].

وفيه: أنه بعد ثبوت قول الشافعي كيف لا يكون من محلِّ الاجتهاد؟

وما لا ينفذ القضاءُ به ما خالَف الكتابَ المُجمَع على المراد منه، ولم يثبُت نسخُه ولا تأويلُه بدليلٍ مُجمَع عليه، فالقضاءُ بحِلِّ أمِّ امرأته لا ينفُذ؛ لقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ﴾ [النساء: ٢٣]؛ أو خالَف السُّنَّة المشهورةَ المُتواتِرة، كالقضاء بالشاهد واليمين مع حديث: «البيِّنةُ على المدَّعِي، واليمين على من أنكر»[٤]، وقد تقدم.

[مطلب: ما خالف الأئمَّةَ الأربعة مخالفٌ للإجماع]

(وما خالف الأئمَّة الأربعةَ مُخالِفٌ للإجماع، وإن كان فيه خلافٌ لغيرهم).

لا يقال: إن الإجماع لا يعتبر بمُخالفة البعض، حتى اختلفوا في إجماعٍ سبَقهم فيه مخالفٌ، قال بعضهم: هذا لا يكون إجماعًا؛ لأن المخالف لو كان حيًّا: لا ينعقد

= الكاتب وعزله (٧/ ١١).

(١) انظر: «خلاصة الفتاوى»، كتاب القضاء، الفصل الرابع فيما يتعلق بقضاء القاضي، الجنس الرابع في القضاء في المجتهدات (٤/ ٢٦).

(٢) في النسخ: (به). والمثبت من «البحر الرائق».

(٣) انظر: «البحر الرائق»، كتاب القضاء، باب كتاب القاضي إلى القاضي (٧/ ١١).

(٤) رواه بهذا اللفظ البيهقي في «السنن الكبرى»، كتاب الدعوى والبينات، باب البينة على المدعي، برقم (٢١٧٣٣).

إجماعُ مَن سواه إجماعًا، فكذا إذا كان ميّتًا، كذا في «التقويم»[(١)] وغيره؛ لأنا نقول: ما خالفَ الأئمّةَ الأربعة مخالفٌ للإجماع؛ لانضباط مذاهبهم وعدم تحقُّق قولِ المُخالِف، كما يشير إليه قولُه:

(فقد صرَّح في «التحرير») نقلا عن الإمام في «البرهان» (أن الإجماع)، أي: إجماع المُحقِّقين، (انعقَد على عدم العمل)، أي: التقليد، لأنه ذكرها في بابه، (بمذهبِ مُخالفٍ لـ)لأئمّة (الأربعة؛ لانبساطِ مذاهبهم واشتهارِها، وكثرةِ أتباعهم).

ونصُّ عبارته: «نقل الإمامُ في «البرهان» إجماعَ المُحقِّقين على منع العوامّ من تقليد أعيان الصحابة، بل مَن بعدهم من الأئمّة الذي سبَروا ووضَعوا ودوَّنوا. وعلى هذا ذكَر بعضُ المُتأخِّرين، يعني: ابن الصلاح، مَنْعَ تقليدِ غير الأئمّةِ الأربعة؛ لانضباط مذاهبِهم، وتقييد مُطلَقِ مسائلهم، وتخصيص عمومِها، ولم يُدْرَ مثلُه في غيرهم من المجتهِدين لانقراض أتباعِهم»[(٢)]، انتهى، أي: وبانقراض الأتباع تعذَّر ثبوتُ نقلِ حقيقةِ مذهبهم، ومن ثمّة قال ابنُ عبد السلام: لا خلاف بين الفريقَين في الحقيقة، بل إن تحقَّقَ ثبوتُ مذهبِ واحدٍ منهم: جاز تقليدُه، وإلا فلا»[(٣)].

---

(١) انظر: «تقويم الأدلة» (١/ ١٩٩).

(٢) انظر: «التحرير» مع «التيسير»، المقالة الثالثة في الاجتهاد وما يتبعه، تكملة: نقل الإمام إجماع المحققين على منع العوام من تقليد أعيان الصحابة ومن بعدهم (٤/ ٢٥٥-٢٥٦).

(٣) انظر: «تيسير التحرير»، المقالة الثالثة في الاجتهاد وما يتبعه، تكملة: نقل الإمام إجماع المحققين على منع العوام من تقليد أعيان الصحابة ومن بعدهم (٤/ ٢٥٦).

فعلى هذا، لو عُلِم نقلُ مذهبِ المخالف بنقلٍ صحيح، فلا يكون الإجماعُ على المذاهب الأربعة إجماعًا؛ لما ذكر السرخسي أن «شرطَ الإجماع أن يجتمع علماءُ العصر على حكم. وأما إذا اجتمع أكثرُهم، وخالفهم واحدٌ أو اثنان: لم يثبُت حكمُ الإجماع»[1]، وهو ظاهرٌ خلافًا لما تُوهِمه عبارتُه.

[السادس: القضاء بخلاف شرطِ الواقف كالقضاء بخلاف النصِّ]

(السادس) من التنبيهات: (القضاء بخلاف شرطِ الواقف كالقضاء بخلاف النصِّ)، فلو قضى به قاضٍ: لا ينفُذ؛ (لقول العلماء) الحنفية وغيرهم: (شرطُ الواقف كنصِّ الشارع) في لزوم العمل به، وذلك بأمر الله وحكمِه أيضًا، فاندفع ما أنكره بعضُهم حيث قال: هذه كلمةٌ شنيعةٌ غيرُ صحيحة.

(صرَّح به)، أي: القول أو التنبيه المذكور، (في «شرحَي المجمع»)، أحدهما (للمُصنِّف) أحمد الساعاتي[2] (و)الآخرُ لعبد اللطيف (ابن ملَك، وصرَّح السُّبكيُّ) الشافعيُّ (في «فتاواه» بأن ما خالف شرطَ الواقف فهو مُخالفٌ)، أي: كالمخالف، (للنصِّ)، أو لأنه نصُّ الله وحكمُه، (وهو)، أي: الحكم بخلاف شرط الواقف، (حكمٌ لا دليلَ عليه، سواء كان نصُّه)، أي: عبارته، (نصًّا أو ظاهرًا)، بتفسير الأصولِ النصَّ بما ظهر معناها المَسوقُ له واحتمَل التأويلَ أو التخصيص، والظاهر: ما ظَهر معناه بمُجرَّد الصيغة مُحتمِلا لغيره ولم يُسَقْ له، أي: ليس معناه المقصود الأصليَّ من استعماله، فبينهما التبايُن، وهذا عند المُتأخِّرين.

---

(١) نقله عن الكرخي. انظر: «أصول السرخسي»، فصل في بيان أن إجماع هذه الأمة موجب للعلم، فصل الشرط (١/ ٣١٦).

(٢) لم أجده في كتاب الوقف ولا كتاب أدب القاضي من شرح المصنف على «مجمع البحرين».

وعند المُتقدِّمين، الظاهر: ما ظهر معناه، سواء كان مَسوقًا له أو لا، ويعتبر في النصِّ كونَه مَسوقًا، سواء احتمَل التخصيصَ أو التأويلَ أو لا، ومُثِّل له بـ: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلۡبَيۡعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البقرة: ٢٧٥]؛ فإنها ظاهرةٌ في الإباحة والتحريم؛ إذ لم يُسَق لذلك، نصٌّ في ردِّ تسويتهم المفهومةِ من قوله: ﴿إِنَّمَا ٱلۡبَيۡعُ مِثۡلُ ٱلرِّبَوٰاْ﴾ [البقرة: ٢٧٥]، فما وُضع له اللفظُ غيرُ مسوقٍ له، ولازمُه المدلولُ التزامًا هو المسوقُ له.

ومثلُه: ﴿فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء: ٣]... الآية، فإنها ظاهرٌ في حلِّ النكاح، نصٌّ في قَصْر النكاح على العدد المذكور؛ إذ السَّوقُ له؛ لأن الحِلَّ كان معلومًا قبل نزولها، فيَجتمعان، والقرينةُ تُعيِّنُ المرادَ بالسَّوق.

ومثال انفراد النصِّ: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ ٱتَّقُواْ رَبَّكُمُ﴾ [النساء: ١]، فإن معناه الحقيقيَّ هو المَسوقُ له، واحتمالُ التخصيص بما سوى الصِّبيان والمَجانين. وأما الظاهر، فلا ينفرد عن النصِّ؛ لامتناع خُلوِّ الكلام عن مقصودٍ أصليٍّ.

وبقي من الأقسام المفسَّرُ والمُحكَم، فاعتبَر المُتأخِّرون في المُفسَّر زيادةً على ظهور المُراد منه وعدمِ احتمالِ التأويل والتخصيص احتمالَ النسخ، والمُتقدِّمون زيادةً على ذلك سواءً احتمل النَّسْخَ أو لا، وفي المُحكَم عدمَ احتمالِ شيءٍ من ذلك.

ويُقابل الظاهرَ الخفيُّ، وخفاؤُه إما لنفس الصيغة أو لغيرها، فإن لغيرها: فهو الخفيُّ، وإن لنفسها، فإن أمكن إدراكُه بالتأمُّل: فهو المُشكِل، وإلا فإن كان البيانُ مَرجُوًّا فيه: فهو المُجمَل، وإلا فالمُتشابَه.

والظاهر أن مراده بالنصِّ ما يَعُمُّ ذلك، فإن النصَّ يقال لكلِّ سَمْعيٍّ، ومثلُ السمعيِّ نصُّ الشارع.

(انتهى) كلامُ السبكي[1].

[دليل: الحكمُ إذا كان لا دليلَ عليه لا ينفُذ]

(ويدلُّ عليه)، أي: على عدم نفاذ[2] القضاء بخلافِ شرط الواقف، (قولُ أصحابنا، كما في «الهداية»: إن الحكم إذا كان لا دليلَ عليه: لا ينفُذ)، ولا شكَّ أن ما خالَف شرطَ الواقفِ حكمٌ لا دليلَ عليه.

(وعبارتُه)، أي: كتاب «الهداية»: وإذا رُفع إلى قاضٍ حكمُ حاكمٍ: أمضاه، إلا أن يُخالفَ الكتابَ، أو السُّنَّةَ المشهورة، أو الإجماعَ، (بأن[3] يكون قولا لا دليل عليه[4]، وفي بعض نسخ «القدوري»: بأن[5] يكون... إلخ)، أي: قولا لا دليل عليه، فلا فرقَ بين العبارتَين إلا بتقدير الباء وذِكْرِها، وحذفُ الباء في مثله مُطَّرِدٌ. وفي «الألفية»:

---

(١) انظر: «فتاوى السبكي» (١/ ٤٧١، ٢/ ١٣).

(٢) في النسخ: (النفاذ)، ولعل الصواب ما أثبت.

(٣) في النسخ: (أن)، والمثبت من «الهداية».

(٤) «الهداية» مع «فتح القدير»، كتاب أدب القاضي، باب كتاب القاضي إلى القاضي، فصل في قضاء المرأة (٧/ ٣٠٠).

(٥) كذا في النسخ، وفي «فتح القدير»: (أو)، ولا يرد عليه إشكال الشارح.

«نقلاً وفي «أنَّ» و«أنْ» يطَّرِد مع أَمْنِ لَبْسٍ كـ«عجِبتُ أن يَدُوا[١]»»[٢]

وعلى التقديرَين، يكون هذا القولُ لبيان مُخالَفة الكتاب أو السُّنَّةِ المشهورة أو الإجماع، وفي بعض نسخ «القدوري»: «وأن يكون... إلخ»، فعليه، يكون إشارةً إلى شرطٍ آخَرَ لنَفاذ القضاء، كما هو الظاهر، لا بيانًا للمُخالَفة المذكورة.

[دليل آخر: ليس للقاضي تقريرُ فرَّاش للمسجد بغير شرطِ الواقف]

(ويدلُّ عليه)، أي: على عدم جواز الحكم على خلاف شرطِ الواقف، (ما في «الذخيرة» و«الولوالجية» وغيرهما من أن القاضي إذا قرَّر فرَّاشًا للمسجد بغير شرطِ الواقف: لم يحِلَّ ذلك التقريرُ له)، أي: القاضي، (ولا يحِلُّ للفرَّاش المُقرَّر تناوُلُ المعلوم[٣]).

وفيه: أنه لا يلزم من عدم الحِلِّ عدمُ النَّفاذ، والكلام فيه.

وقيل: لا نُسلِّم عدمَ اللُّزوم؛ لأن الحل يَلزم النفاذ، وانتفاءُ اللازم يدل على انتفاء الملزوم، انتهى. وهذا إنما يلزم في اللازم المُساوِي، وأما إذا كان أعمَّ فلا، فليُتأمَّل.

[مطلب: حكم إحداث الوظائف والمرتبات في الأوقاف]

(وبهذا) المذكور فيهما (عُلِم حرمةُ إحداثِ الوظائف، وإحداثِ المرتبات بالأَولى[٤])؛ لأن المسجد مع احتياجه إلى الفرَّاش لم يجُزْ تقريرُه؛ لإمكان استئجار

---

(١) أي: يعطوا الدية.

(٢) «ألفية ابن مالك» مع «شرح ابن عقيل» (٢/ ١٥٠).

(٣) انظر: «الفتاوى الولوالجية»، كتاب الوقف، أواخر الفصل الأول في المسجد (٣/ ١٠٠)، و«الذخيرة البرهانية»، كتاب الوقف، الفصل العشرون في المساجد وما يتصل بها، نوع آخر في المسائل التي تعود إلى قيم المسجد (٩/ ٦٥).

(٤) في هامش (خ) و(م): (انظرما يأتي في بحث «تصرف القاضي منوط بالمصلحة»، من قول =

فرّاش بلا تقرير، فتقريرُ غيره من الوظائف بالأولى؛ لعدم الحاجة إليه.

والمرادُ من الوظائف: إعطاءُ المعاليم للأشخاص في مقابلة الخدمة، وبالمرتبات: إعطاؤُها لا في مقابلتها، بل لصلاح المُعطَى له أو لعِلمه، ويُسمَّى في عُرف الرُّوم بالزوائد.

وفي «الحاشية الحموية»: «وكتب بعضُ مُعاصِري المُصنِّف على قوله: وبهذا يُعلَم... إلخ»، قد حرَّم بمَقالِه ما فعَله بقلبه وقالبه؛ لأنه لما كان مُدرِّسًا في الصرغتمشيَّة زاد فيها عِدَّةَ وظائف، ولا نعلم له سنَدًا في حِلِّه، انتهى.

أقول: المُعاصَرةُ حجابٌ كثيفٌ، سنَدُ المُصنِّف في حِلِّه أن وقف المرحوم صرغتمش وغيره من الوزراء والأُمراء والملوك من بيت مال المسلمين، فهو وقفٌ صُورِيٌّ، لا حقيقيٌّ، وقد أفتى علَّامة الوجود المَولى أبو السعود، مفتي السلطنة السُّلَيمانية بأن أوقاف الملوك والأُمراء لا تُراعَى شروطُها؛ لأنها من بيت المال أو ترجع إليه، وكذلك صرَّح السُّيوطيُّ، وإذا كان كذلك يجوز الإحداثُ إذا كان المُقرَّر في الوظيفة أو المرتب من مَصاريف بيت المال، والله أعلم»[1]، انتهى.

[دليل آخر: فعلُ القاضي ينفُذ إن وافَق الشرع، وإلا رُدَّ]

(و)يدل أيضًا عليه (**أن فعل القاضي إن وافَق الشرعَ: نفَذ، وإلا رُدَّ**). وهذا بناءً على أن فعل القاضي يكون حُكمًا إن وافق الشرع، وهذه مسألةٌ خلافيَّة، والصحيح أنه قد يكون فعلُه حكمًا، كما لو زوَّج الصغيرَ والصغيرة حيث لا يكون لهما خيارُ البُلوغ في إحدى الرِّوايتَين عن الإمام، ولو لم يكن فعلُه حكمًا لكان لهما الخيار.

---

* المصنف: وقد سئلت في تقرير القاضي المرتبات بالأوقاف... إلخ، فراجعه).

(١) «غمز عيون البصائر» (١/ ٣٣٤).

وكذا تصرُّفُ القاضي في مال اليتيم، فإنه لا يضمن إذا تلِف المالُ بإقراضه لمَليءٍ فماتَ مُفلِسًا، ولو لم يكن إقراضُه حكمًا لضمِن.

وبُحِث في هذا الاستدلال بمَنْع المُلازمة فيهما؛ إذ لا نُسلِّم انتفاءَ الملازمة بين الخيار وكونِ فعل التزويج حكمًا، كيف؟ والخيارُ مُنتفٍ في فعل الأب والجدِّ، وفعلُهما التزويجَ ليس بحكم قطعًا، وكذا الكلامُ في انتفاء الضمان؛ إذ الأُمَناء غيرُ ضامِنين لما تلِف في أيديهم بدون التعدِّي.

ويدلُّ على أن فعلَ القاضي ليس بحُكم قولُهم فيما إذا وقف على الفُقراء، فأعطَى القاضي قريبَ الواقف، وأبقَى من غَلَّة ذلك الوقف، فجاء قاضٍ آخَرُ: كان له التصرُّف في الغَلَّة على غير ذلك الوجه، فلو كان فعلُه حكمًا: لم يكن للقاضي الثاني ذلك؛ لما فيه من نقض الحكم الأوَّل.

واختار هذا ابنُ الغرس، وقال: التحقيقُ أن فعله ليس بحكم؛ لأن الحكم يَستدعي مُقدِّماته الشرعية، كالدعوى والحُجَّة المُطابِقة لها وتوابع ذلك، فالشرط وجودُ المُقتضِيات للحكم وانتفاءِ الموانع، وفعلُ القاضي في الغالب لا يستدعي ذلك، نعم؛ إذا وقع فعلُه على طريق الحكم المُعتبَر شرعًا: فللقول بكونه حكمًا مَساغٌ، وللنظر فيه مجالٌ.

لكن في «البحر» أن «تقدير[1] القاضي النفقة حكمٌ منه إذا وُجد بعد الدعوى والحادثة»[2]، ونقل فيه عن قاضي خان «أن محمدًا صرَّح في «الأصل» بأن

---

(١) كذا في «البحر». وفي النسخ: (تقرير).

(٢) انظر: «البحر الرائق»، كتاب القضاء (٦/ ٢٨٠).

تسمية القاضي قضاةً منه[١]، وهو قاطعٌ للشُّبهة كلِّها، فتعيَّن الرُّجوعُ إليه»[٢]، وإليه يشير كلامُه هنا؛ فإن تقرير القاضي الوظائفَ بغير شرطِ الواقف إن اعتُبر حكمًا: فهو لم يُوافِقْ الشرعَ؛ لأنه حكمٌ بلا دليل، فلا يُعتبَر، وإن لم يُعتبَر حكمًا لعدم استدعاءِ تقدُّم مُقدِّماته الشرعية، كالدعوى والحُجَّة، فهو لم يُوافِق الشرعَ من هذه الحيثية.

(والله سبحانه أعلم).

***

(١) هذا القدر منقول عن قاضي خان في «البحر الرائق»، وما بعده فتعليق من صاحب «البحر» نفسه.

(٢) انظر: «البحر الرائق»، كتاب القضاء (٦/ ٢٧٩).

[القاعدة الثانية: إذا اجتمع الحلالُ والحرامُ غُلِّب الحرامُ]

(القاعدة الثانية) من النوع الثاني للقواعد: (إذا اجتمَع الحرامُ والحلالُ)، أي: قام دليلُ التحريم ودليلُ التحليل، (غُلِّب الحرامُ)، أي: قُدِّم دليلُه، سواء كان الحلال مباحًا أو واجبًا أو مكروها، فالمراد بالحلال: الشيءُ الذي لم يُوجد له دليلُ المنع.

«وخصَّه الشافعية بالمباح وقالوا: لو اختلط الواجبُ بالمُحرَّم رُوعِي مصلحةُ الواجب. وله أمثلةٌ:

منها: اختلَط موتى المسلمين بالكُفَّار: يجب غسلُ الجميع والصلاةُ عليهم[1]؛ لما أن النبيَّ ﷺ مرَّ بمجلسٍ فيه مسلمون ومشركون، فسلَّم عليهم[2].

ومنها: اختلط الشُّهداء بغيرهم: يجب غسلُ الجميع والصلاةُ عليهم، مع أن الغسل والصلاة على الكُفَّار والشُّهداء حرامٌ[3].

---

(١) في هامش (ع) و(خ): (قضية سياقه أن هذا مذهب الشافعي، وأما عندنا فلو اختلط موتى المسلمين بموتى الكفار، فبعضهم يعتبر الكثرة من الطرفين، فإن كان الأكثر المسلمين غسلوا وصلي عليهم، وينوي المسلمين بالدعاء، وإن كان الأكثر الكفار يترك ذلك، وإن تساووا غسلوا، وقيل: يصلى عليهم، وقيل: لا. واختلف المشايخ في دفنهم بين المسلمين، قال الهندواني: يتخذ لهم مقبرة على حدة، وهو الأحوط، وبعضهم يعتبر العلامة، فمن كانت عليه علامة المسلم غسل وصلي عليه، ومن لا فلا، والعلامة الخضاب والختان وحلق العانة، كما في «البدائع»، وإن لم يكن عليه علامة فيعتبر الأكثر، فإن كان المسلمون، تقدم، فيدفنون في مقابر المسلمين، وإن كان الكفار أكثر أو تساووا لا يغسلون ولا يصلى عليهم ويدفنون في مقابر المشركين، كذا في «حاشية شيخنا» نقلا عن «الحموي»).

(٢) رواه البخاري في «صحيحه»، كتاب الاستئذان، باب التسليم في مجلس فيه أخلاط من المسلمين والمشركين، برقم (٦٢٥٤).

(٣) في هامش (ع): (وقوله: مع أن الغسل والصلاة على الكفار والشهداء حرام، فيه: أن غسل الكافر =

ومنها: المرأة يجب عليها سَتْرُ وجهها في الإحرام[1]، ولا يمكن إلا بسَتْرِ شيءٍ من الرأس، وسَتْرُ الرأس واجبٌ في الصلاة، فإذا صلَّت: راعَتْ مصلحةَ الواجب.

ومنها: المُضطرُّ يجب عليه أكلُ الميتة وإن كان حرامًا.

ومنها: الهجرة على المرأة واجبةٌ، وإن كان سفرُها وحدها حرامًا.

وخرَّج أئمَّتُنا هذه المسائلَ على قاعدةٍ: ما «إذا تعارَض المانِعُ والمُقتضِي»، كما سيأتي في آخر القاعدة»، «حموي»[2].

(وبِمَعناها)، أي: هذه القاعدة، **(ما اجتمَع المُحرِّم والمُبيحُ إلا غلب المُحرِّم)**، وقد تقدَّم أن الإباحة أخصُّ من الحِلِّ، وبانتفائها لا يَنتفِي، لكن نريد به ما يُقابِل المُحرِّم، فإن الإباحةَ قد تُطلَق على عدم المَنْع عن الفعل، سواء كان بطريق الوجوب

= غير المرتد لا بأس به عندنا، والصلاة على الشهداء ليس بحرام، ويمكن أن يقال: إن الحكم بالنسبة إلى المجموع).

(1) في هامش (ع): (وقوله: إن المرأة يجب عليها ستر رأسها، لا وجهها، المراد من عدم وجوب تغطية الوجه: يعني بالنقاب والبرقع، لا بغيره مما لم يفصل له، فإن كشف المرأة وجهها على أجنبي لا يجوز ولا في الإحرام، كذا نقله شيخنا، انتهى).

وفي هامش (خ): (قوله: يجب عليه ستر وجهها، أي: عند الشافعي، لكن يعكر كلام الخطيب حيث جعل ستر وجهها من محرمات الإحرام، وكذا عندنا يحرم ستره أيضا، لكن لا مطلقا، بل بالمفصل على قدره، لا الستر بالكم والملحفة والخمار. فالحاصل أن وجهها كيد الرجل، وحرمة الستر بالمفصل على قدره كالنقاب والبرقع. وأما قول ابن عمر: إحرام المرأة في وجهها، لا يدل على الكشف؛ إذ المراد بإحرام وجهها عدم ستره بالمفصل على قدره. انظر «حاشية سعودي»، فإن عبارة الشارح تبعًا للحموي لا تخلو عن تفصيل وتأمل في المسألة، وكتابتنا هنا قاصرة لضيق الهامش).

(2) «غمز العيون» (١/ ٣٣٥).

أو النَّدْب أو الكراهة، فالمرادُ: الشيءُ الذي لم يوجد له دليلُ المنع، فحينئذ تُساوِي الحلالَ وإن كانت هي بمعنًى آخَر أخصُّ، فلذا قال: «وبمعناها».

(والعبارةُ الأُولى)، أي: إذا اجتمَع الحرامُ والحلال غُلِّب الحرام، (لفظُ حديثٍ أوردَه جماعةٌ)، وهو قوله: («ما اجتمَع الحلالُ والحرامُ إلا غلَب الحرامُ الحلالَ»، قال) عبد الرحيم الحافظ (العراقيُّ) في بيان هذا الحديث: (لا أصلَ له)، أي: لا سَنَدَ له، (وضعَّفه البيهقيُّ[1]، وأخرَجه عبدُ الرزَّاق موقوفًا عن ابن مسعود[2]، وذكَره الزيلعيُّ شارحُ«الكنز» في كتاب الصَّيد مرفوعًا[3]).

[فرع: إذا تعارَض دليلان قُدِّم التحريم]

(فمن فُروعها)، أي: القاعدة، (إذا تعارَض دليلان)، بأن اقتضى أحدُهما ثبوتَ أمر والآخَرُ نفيَه، «آيتان، أو سُنَّتان، أو قياسان، أو آيةٌ وسُنَّةٌ في قُوَّتِها، كالمشهور والمُتواتِر، ولا عبرة بكثرة العدد. واعلم أنه يُعتبَر في التعارُض ما يعتبر في التناقُض من اتِّحاد الوِحدات الثمان»، كما في «التلويح»[4].

---

(١) قال في «معرفة السنن والآثار» (١٠/ ١١٥): «فهذا لا يصح، عثمان هذا ضعيف لا يحل الاعتماد على ما يرويه، وإنما هو قول الزهري عن بعض أهل العلم». ورواه بسند آخر في «السنن الكبرى» (٧/ ٢٧٥)، فقال: «وجابر الجعفي ضعيف، والشعبي عن ابن مسعود منقطع، وإنما رواه غيره بمعناه عن الشعبي من قوله، غير مرفوع إلى عبدالله بن مسعود».

(٢) أخرجه في «مصنفه»، كتاب الطلاق، باب الرجل يزني بأم امرأته وابنتها وأختها، برقم (١٢٧٧٢).

(٣) انظر: «تبيين الحقائق»، كتاب الصيد، التسمية عند إرسال الصيد (٦/ ٥٤).

(٤) انظر: «التلويح على التوضيح»، القسم الأول في الأدلة الشرعية، الركن الرابع القياس، باب المعارضة والترجيح (٢/ ٢٠٧ ـ ٢١١).

(أحدُهما يقتضي التحريمَ، والآخَرُ) يقتضي (الإباحةَ، ولم يُعلَم تاريخُهما، قُدِّم التحريمُ)، أي: يُرجَّح دليلُ التحريم على دليل عدمه، بمعنى أنه يُعمَل به، ويُترَك العملُ بالآخَر، وإن عُلم تاريخُهما: فالمُؤخَّر ناسخٌ[1].

[تعليل تقديم المُحرِّم على المُبيح إذا تعارَضا]

(وعلَّله الأُصوليُّون)، أي: تقديمَ المُحرِّم على المبيح إذا تعارَضا، (بتقليل النسخ)، فإنه يجعل المُحرِّمَ ناسِخًا تقليلا للنسخ، (لأنه لو قُدِّم) ورُجِّح (المُبيح) في الاعتبار والعمل، وجُعِل ناسخًا للمُحرِّم: (لزم تكرارُ النسخ)، والتكرار لا يثبُت بالشكِّ، فجُعل المُبيحُ مُقدَّمًا، ثم المُحرِّم ناسخًا.

وبيانُ المُلازَمة: (لأن الأصل في الأشياء)، أي: الأفعال الاختياريَّة التي لا يَقضِي العقلُ فيها بحُسن ولا قُبْح قبلَ وُرود الشرع، (الإباحةُ)، أي: عدمُ العقاب على الفعل والترك.

وقد تقدم أنه وقع الخلافُ في الأفعال قبل البعثة، هل حكمُها الإباحةُ، كما هو عند المعتزلة وبعض الحنفية والشافعية، أو الحرمةُ عند المعتزلة البغدادية وبعض الشيعة، أو الوقفُ عند الأشعريِّ؟

ومحلُّ الخلاف إنما هو الأفعال الاختياريَّة التي لا يَقضِي العقلُ فيها بحُسن ولا قُبح. وأما الأفعال الاضطراريةُ، كالتنفُّس ونحوه، فليس بممنوع إلا عند مَن يُجوِّز التكليفَ بالمُحال.

---

(١) في هامش (ع) و(خ): (قوله: وإن علم التاريخ فالمؤخر ناسخ. وفيه إشارة إلى أن النسخ لا يجري بين القياسين؛ إذ لا يتصور فيهما التقدم والتأخر، وأنه لا يقع التعارض بين الإجماع ودليل آخر قطعي؛ إذ لا ينعقد الإجماع مخالفا لقطعي، «تلويح»).

والأفعال التي يقضي العقلُ فيها بالحُسن والقُبح تنقسِم إلى الأحكام الخمسة.

وهذه المسألة إنما تُذكَر من الأشاعرة على طريق التنزُّل إلى مذهب المعتزلة في أن للعقل حكمًا بالحسن والقبح، وإلا فالفعلُ قبل البعثة لا يُوصَف عندهم بشيء من الأحكام.

واستدلالُه بأن الله خلق العبدَ وما ينتفِع به، فالحكمة تقتضي إباحتَه له تحصيلا لمقصود خلقِهما، وإلا كان عبثًا: مُعارَضٌ بأنه ملكُ الغير، فيحرُم التصرُّف به.

فإن أراد المُبيح بها معنى عدم الحرج في الفعل والترك: فلا كلامَ، وإن أراد الحكم الأزليَّ: فغيرُ معلوم، بل لا يستقيم؛ لأن الكلام فيما لا حكم فيه للعقل بحُسن ولا قبح في حكم الشارع.

ويرد على المُحرِّم إن أراد الحكمَ الأزليَّ فغير معلوم؛ إذ التقدير أنه لا مُحرِّم ولا مُبيحَ، بل غيرُ مستقيم كما تقدَّم، وإن أردت: العقابَ على الانتفاع، فيَرُدُّه قولُه: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا﴾ [الإسراء: ١٥]... الآية، فالمراد بالإباحة هنا: عدمُ العقاب على الفعل والترك.

(فإذا جُعل المُبيح مُتأخِّرًا) عن المُحرِّم: **(كان المُحرِّم ناسخًا للإباحة الأصليَّة)**.

وفيه: أن الإباحة الأصلية ليست حكمًا شرعيًّا، فلا يكون رفعُها نسخًا؛ إذ النسخُ عبارةٌ عن انتهاءِ حكمٍ شرعي.

فإن قلت: الإباحة الأصلية حكمٌ شرعيٌّ ثبت بقوله: ﴿خَلَقَ لَكُم مَّا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا﴾ [البقرة: ٢٩]، قلت: إنما يصِحُّ ذلك أن لو ثبت تقدُّمُ هذه الآية على النصَّين

المُتعارِضين، المُبيح والمُحرِّم، لكن وُروده قبلَهما غيرُ مُسلَّم، فعدمُ العقاب على الانتفاع إنما يصير حكمًا شرعيًّا بعد وُرود النصوص الدالَّة على إباحة جميع الأشياء، فتغييرُه بالنصِّ المُحرِّم لا يكون نسخًا بالمعنى المصطلح، إلا إذا تأخَّر المُحرِّم عن دليل الإباحة، وهو ليس بلازم، بل قد وقد، فنَعنِي بالنسخ هنا: التغييرَ مطلقًا، سواء كان مُغيِّرًا لحكم شرعيٍّ أو لا.

فإذا جُعِل المُحرِّم مُغيِّرًا للإباحة، (ثم يصير المُحرِّم منسوخًا بالمُبيح) المتأخِّر، فيَتكرَّر التغييرُ، وتكرُّرُه زيادةٌ على نفسه، فلا يثبُت بالشك.

(ولو جُعِل المُحرِّم مُتأخِّرا) عن المُبيح، وجُعل المبيحُ لإبقاء الإباحة الأصليَّة: (لكان ناسخًا)، أي: مُغيِّرا، (للمُبيح، وهو)، أي: المبيح، (لم يَنسَخْ شيئًا لكونه على وَفْق الأصل) الذي هو الإباحة الأصلية، فيكون مُبقِيًا له، لا ناسخًا.

(وفي «التحرير») لابن الهُمام: (يُقدَّم المُحرِّم) ويُرجَّح؛ (تقليلا للنسخ)، كما علمت، (واحتياطا[1])؛ لأن الحرام واجبُ الترك، والمباحُ جائزُه، فكان الاحتياطُ في اختيار الترك، وهذا إنما يتأتَّى أن لو أُريد بالمباح ما هو المشهور من معناه.

وأما إذا أُريد به ما تقدَّم من أنه الذي لم يوجَد له دليلُ المنع، كما هو الظاهر من مقابلته بالحرام: فلا، هكذا قيل. وفيه نظرٌ ظاهر؛ لأن المراد به معناه الأول، تأمَّل.

و(قد أَوضَحْناه)، أي: هذا التعارُض وما قاله الأُصوليُّون، (في «شرح المنار» المُسمَّى بـ«تعلُّق الأنوار» (في باب التعارُض[2]).

---

(١) انظر: «التحرير» مع «التيسير»، الباب الثالث في السنة، فصل في التعارض (٣/ ١٤٤).

(٢) انظر: «فتح الغفار»، الكلام على المشترك (١/ ١٢٠).

[فرع: الجمع بين الأختين وطءًا بملك اليمين]

(ومـن ثمَّـة)، أي: من أجل أن تقـدُّمَ المُحـرِّم أحوطُ، (قال عثمـانُ رضي الله عنه لمَّـا سُـئل عـن الجمـع بيـن الأُختَيـن وَطْءًا بمِلـك اليميـن: أحلَّتْهما آيةٌ)، يريـد قولَـه تعالـى: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ﴾ [النسـاء: ٣]، (وحرَّمتهمـا آيـةٌ)، أي: قولُه تعالـى: ﴿وَأَن تَجْمَعُوا بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ﴾ [النسـاء: ٢٣]، والجمـع بينهمـا يَعُـمُّ ما كان بـوَطْءٍ أو عقـدٍ، ولأن المعطـوف عليه المُحرَّمـات وطءًا وعقـدًا، (فالتحريم أحبُّ إلينـا[1]).

قال الزيلعي في باب النكاح: «أما الجمعُ بين الأُختَين وطءًا بمِلك يمينٍ، فمُختلَفٌ فيه، فمذهبُ عليٍّ رضي الله عنه أنه لا يجوز، وقال عثمان رضي الله عنه: يجوز؛ لإطلاق قوله تعالى: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ﴾ [النساء: ٣]، وأخذ عامَّةُ العلماء بقول عليٍّ؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَن تَجْمَعُوا بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾ [النساء: ٢٣]، وما تلاه عثمانُ مخصوصٌ بأُمِّه وأُخته من الرَّضاع، ولغيرهما من المُحرَّمات بالمُصاهَرة، فكذا هذه الآية، وقال عليٌّ: أحلَّتْهما آيةٌ وحرَّمتهما آيةٌ، فالأخذ بالمُحرِّم أَولى احتياطًا»[2]، انتهى.

ففي كلامه مُخالَفةٌ لما ذكره في المنقول عنه.

---

(١) روى أثر عثمان رضي الله عنه مالكٌ في «الموطأ»، كتاب النكاح، باب ما جاء في كراهية إصابة الأختين بملك اليمين، برقم (١٩٧٤)؛ وابن أبي شيبة في «المصنف»، برقم (١٦٥١٢)؛ وعبدالرزاق في «المصنف»، برقم (١٢٧٢٨)؛ والبيهقي في «السنن الكبرى»، برقم (١٣٩٣٠).

(٢) «تبيين الحقائق»، كتاب النكاح، فصل في المحرمات (٢/ ١٠٣).

[فرع: الاستمتاع بالحائض فيما فوق الإزار]

(وذكر بعضُهم من هذا النوع)، أي: مما رُجِّح فيه المُحرِّم على المُبيح، (حديث: «لك من الحائض ما فوق الإزار»)، رواه أبو داود مرفوعا[1]، قاله عليه الصلاة والسلام لما سُئل عمَّا يحِلُّ من الاستمتاع بالحائض، فعُلِم منه حرمةُ قربان ما تحت الإزار، لكنه عمَلٌ بمفهوم المخالفة، (وحديثَ: «اصنَعُوا كلَّ شيء إلا النكاح[2]»)، أي: الوطء، (فإن) الحديث (الأوّل يقتضِي) بمفهومه (تحريمَ ما بين السُّرَّة والرُّكْبة، و) الحديث (الثاني يقتضِي) بمفهومه (إباحةَ ما عدا الوطء، فرُجِّح التحريمُ احتياطًا، وهو)، أي: التحريم، (قولُ أبي حنيفة وأبي يوسف ومالك والشافعيُّ رحمهم الله تعالى، وخصَّ محمدٌ رحمه الله تعالى شعارَ الدم)، أي: الوطء، (وبه قال أحمدُ)، وإنما قالاه (عمَلًا بالثاني) من الحديثَين.

[فرع: اشتباه المَحرَم بأجنبِيَّاتٍ محصورات]

(ومنها)، أي: من فروع هذه القاعدة، (لو اشتبَه محرمٌ) لرجلٍ[3] (بأجنبيَّاتٍ مَحصُوراتٍ)، كأن تختلِطَ أختُه بعشرةِ نِسْوةٍ أجنبيَّاتٍ، بحيث لم يمكن تمييزُ أختِه منهن: (لم تحِلَّ) لذلك الرجل (واحدةٌ منهُنَّ)، بخلاف ما إذا كانت الأجنبيَّاتُ غيرَ محصورات، فإنَّ مَن فُقِدت أختُه أو سُبِيت: لا يُمنَع من تزوُّج مَن لا يعرف نسبَها ولا من تسرِّيها، (كما قدَّمناه في «الأصل في الأبضاع التحريمُ»).

---

(١) رواه في «سننه»، كتاب الطهارة، باب في المذي، برقم (٢١٢ و٢١٣).

(٢) رواه مسلم في «صحيحه»، كتاب الحيض، باب جواز غسل الحائض رأس زوجها، برقم (٣٠٢).

(٣) في (ع): (محرم رجل)، وفي (ب): (محرم الرجل)، وفي (خ): (محرم لرجل)، وفي «الأشباه» المطبوعة مع «غمز العيون»: (مُحرَّمة).

قال فيما تقدَّم: «صبيّةٌ أرضَعها قومٌ كثيرون من أهل القرية، ولا يدرى من أرضَعها، وأراد واحدٌ من أهل تلك القرية أن يَتزوَّجها: يجوز نكاحُها رخصةً له. ولو اختلطت الرضيعةُ بنساءٍ يُحصَين: لم أرَه، ثم رأيتُ في «الكافي» ما يفيد الحِلَّ»، انتهى.

والمُناسِب لقوله: «اشتبه مَحرَمٌ بأجنبيَّاتٍ»، هو المسألة الثانية، مع أنه رجَّح فيها الحِلَّ، تأمل.

[فرع: المُتولِّد بين مأكول اللحم وغير مأكول اللحم]

(ومنها)، أي: من فروعها، (مَن أحدُ أبوَيه مأكولٌ، والآخَرُ غيرُ مأكول: لا يحِلُّ أكلُه على الأصحِّ، فلو نزَا الكلبُ على شاةٍ: لا يُؤكَل الولدُ)، أي: على الأصحِّ، والأصحُّ ما في «الهداية» في الأُضحية من أن «المُتولِّد بين الوَحشيِّ والأهليِّ يتبع الأُمَّ؛ لأنها الأصلُ، حتى إن نزَا الذئبُ على شاةٍ: يُضحَّى بالولد»[1]، ومثلُه في «الزيلعي»[2].

وفي «الخانية»: أن «المُتولِّد من الظَّبْي والغنَم، إن كانت الأمُّ من الغنم: فهو من الغنم عندنا، حتى يجب فيها زكاةٌ، وكذا المُتولِّد من البقر الأهليِّ والوحشيِّ تابعٌ للأُمِّ»[3]، انتهى؛ لأن الأصل في الولد الأُمُّ؛ لأنه ينفصِل منها حيوانٌ، ولا ينفصِل من الأب إلا ماءٌ مَهينٌ لا خطَرَ له، ولا يتعلَّق به حكمٌ، فلهذا يتبع الأُمَّ في الرِّقِّ والحُرِّيَّة، إلا أنه يُضاف الولدُ إلى الأب في بني آدمَ تشريفًا له، وصيانةً له عن الضياع، وإلا فالأصلُ أن يكون مُضافًا إلى الأُمِّ.

---

(١) «الهداية» مع «نتائج الأفكار»، كتاب الأضحية (٩/ ٥١٣).

(٢) «تبيين الحقائق»، كتاب الطهارة، أقسام الماء، ماء البئر إذا وقعت فيه نجاسة (١/ ٣٤)، وكتاب العتق، باب العبد يعتق بعضه (٣/ ٧٢).

(٣) «فتاوى قاضي خان»، كتاب الزكاة، فصل في صدقة الغنم (١/ ٢٤٧ـ ٢٤٨).

وقال في «الخلاصة»: «لو نزَا كلبٌ على شاةٍ، فوَلدت كلبًا، قال عامَّة المشايخ: لا يجوز، وقال الخيراخزي: إن كان يُشبِه الأُمَّ يجوز»[١]، انتهى. وهذا في الاحتياط، وإلا فالمُعتبَر الأمُّ، كما ذكرناه.

(فإذا نزَا الحِمارُ الأهليُّ على فرَسٍ، فولدت بَغْلا: لم يُؤكَل)؛ اعتبارًا للمُشابَهة. قال الزيلعي: «وينبغي أن يكون مأكولا عندهما، وطاهرًا عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى؛ اعتبارًا للأُمِّ»[٢]، انتهى.

(والحمار الأهليُّ إذا نزا على الحمار الوحشيِّ، فنتَج ولدًا: لا تجوز الأُضحيةُ به، كذا في «الفتاوى التاجية»)؛ لأنهما غيرُ مأكولَين[٣].

[فرع: شارَك الكلبَ المُعلَّم في الصيد غيرُه]

(ومنها: لو شارَك الكلبَ المُعلَّمَ) في الصيد (غيرُ المُعلَّم، أو كلبُ مَجُوسيٍّ، أو كلبٌ لم يُذكَر اسمُ الله عليه عَمْدًا: حرُم) الصيدُ؛ تغليبًا للمحرِّم، (كما في «الهداية»[٤]).

[فرع: مجوسيٌّ أخَذ بيدِ مسلمٍ فذبَح]

(ومنها: ما في صيد «الخانية») من قوله: (مجوسيٌّ أخَذ بيدِ مسلمٍ فذبحَه)، وفي نسخة: فذبح، (والسِّكِّينُ في يد المسلم: لا يحِلُّ أكلُه؛ لاجتماع المُحرِّم) من فعل المجوسي (والمُبيح) من فعل المسلم، (فيحرُم) لغلبة المُحرِّم، (كما لو عجَز

---

(١) «خلاصة الفتاوى»، كتاب الأضحية، الفصل الرابع فيما يجوز من الأضحية (٤/ ٣١٤).

(٢) «تبيين الحقائق»، كتاب الطهارة، أقسام الماء، ماء البئر إذا وقعت فيه نجاسة (١/ ٣٤).

(٣) في هامش (خ): (قوله: لأنهما غير مأكولين. في حفظي أن الحمار الوحشي يحل أكله، فلينظر كلام الشارح، ويحرر).

(٤) «الهداية» مع «نتائج الأفكار»، كتاب الصيد، فصل الجوارح (١٠/ ١٢٣).

مسلمٌ عن مدِّ قوسِه بنفسه في الرَّمي إلى الصيد، فأعانَه على مدِّ قوسِه مجوسيٌّ: لا يحِلُّ، انتهى) كلام «الخانية»[(١)].

[فرع: وطءُ الجارية المُشترَكة]

(ومنها: عدمُ جواز وطء الجاريةِ المُشترَكة)، فإن الشركة وإن كانت شُبهةً في دَرْءِ الحدِّ، إلا أن الحُرمة باقيةٌ، فيَغرَم العُقْرَ لشريكه في حصَّته لو وطِئَها.

[فرع: بعضُ الشجرة أو بعضُ الصيد في الحِلِّ وبعضُه في الحرم]

(ومنها: لو كان بعضُ أصل الشجرة في الحِلِّ وبعضُها)، أي: بعض أصلها، (في الحرم): لا يجوز أخذُها؛ ترجيحًا للحرمة. وأما الغُصْن، فلا اعتبارَ به، كما في «الخانية»[(٢)].

«وقيل: لا يخفى أن البعض يصدُق بالأقلِّ والأكثر، ولو اعتُبر الأكثرُ لكان له وجهٌ»[(٣)].

وفيه: أن الكلام فيما اجتمع المُحظِّر والمُبيح، وذا لا تعلُّقَ له بالأكثر والأقلِّ.

(ومنها: لو كان بعضُ الصيد في الحِلِّ والبعضُ في الحرم): فإنه يكون صيدَ حرمٍ ترجيحًا للحرمة.

(والمنقول في) المسألة (الثانية كما ذكره الإسبيجابي أن الاعتبارَ) في الصيد لقَوائمه، لا لرأسه، حتى لو كان قائمًا في الحِلِّ، ورأسُه في الحرم: لا شيءَ بقتله)، ولو كان على العكس: فهو صيدُ الحرم.

---

(١) «فتاوى قاضي خان»، كتاب الصيد والذبائح (٣/ ٣٦٢).

(٢) انظر: «فتاوى قاضي خان»، كتاب الحج، فصل في محظورات الحرم (١/ ٣١٢).

(٣) «غمز العيون» (١/ ٣٣٩).

والاعتبار للقوائم إنما هو في غير حالة النوم، فلو كان نائمًا في الحِلِّ، ورأسُه في الحرم، فقتَله إنسانٌ: ضمن قيمتَه؛ لأنه غيرُ مُستقِرٍّ بقوائمِه، بل هو مُلقًى على الأرض، فاجتمع المُحرِّم والمُبيح.

ولو كان بعضُ قوائمه في الحِلِّ، وبعضُها في الحرم، فعليه الجزاءُ؛ ترجيحًا للحظر. (ولا يُشترط) في كونه صيدَ الحرم (أن يكون جميعُ قوائمه في الحرم، حتى لو كان بعضُها في الحرم، والبعض في الحِلِّ: وجب الجزاءُ بقتله؛ لتغلُّب الحظر على الإباحة، انتهى) كلامُ الإسبيجابي.

(وأما المنقولُ في) المسألة (الأُولى)، أي: مسألة الشجرة، (ففي «الأجناس»: الأغصان تابعةٌ لأصلها، وذلك) باعتبار كونِها في الحِلِّ والحرم معًا (على ثلاثة أقسام):

(أحدها: أن يكون أصلُها في الحرم والأغصانُ في الحل، فعلى قاطع أغصانِها القيمةُ)؛ لأن الأغصان تابعةٌ للمغصون، فكما تجب القيمةُ في قطع الأُصول تجب بقطع الأغصان.

(والثاني: أن يكون أصلُها في الحِلِّ وأغصانُها في الحرم، فلا ضمانَ على القاطع في أصلها وأغصانها)؛ لأن العبرة للأصل.

(والثالث: أن يكون بعضُ أصلها في الحِلِّ وبعضُه في الحرم، فعلى القاطع الضمانُ) في أصلها وأغصانها، (سواء كان الغُصن من جانب الحِلِّ أو من جانب الحرم، انتهى) كلام «الأجناس»[1].

---

(١) «الأجناس» للناطفي، كتاب المناسك، جنس: المسلم ممنوع من إتلاف أشجار الحرم لحق الشرع (١/١٨٧ـ ١٨٨).

والمراد من هذه الشجرة ما لم يُنبِتْه أحدٌ، وليس مما يُنبِته الناسُ عادةً، ولم يكن ملكًا لأحد، فإنَّ ما أنبَته أحدٌ، أو كان مما يُنبته الناسُ عادةً، ونبَت بنفسه في ملكِ أحد: تجب فيه القيمةُ لمالكه حقًّا له، لا القيمة حقًّا للشرع التي الكلام فيها[1]، وما يُنبته الناسُ عادةً، وينبت بنفسه في غير ملكِ أحد: لم يجب فيه شيءٌ في الصُّوَر كلِّها، وما لم يكُنْ مما يُنبته الناسُ، ونبَت بنفسه في ملك أحد، ففيما ذُكر فيه وجوبُ القيمة من تلك الصُّوَر تجب فيه قيمتان: قمية لحقِّ الشرع، وقيمةٌ لمالكه، وفيما ذُكر فيه عدمُ الوجوب تجب فيه قيمةٌ واحدةٌ حقًّا لمالكه، لا حقًّا للشرع، كما يُستفاد من الزيلعي[2].

[فرع: اختلط مساليخُ الزكاة بمَساليخ الميتة]

(ومنها: لو اختلط مساليخُ)، جمعُ مسلوخ، (الزكاة)، أي: المذبوح، (بمساليخ الميتة، ولا علامةَ تُميِّز) أحدَهما عن الآخر، (وكانت الغلَبة للميتة، أو استويا: لم يجُزْ تناوُلُ شيءٍ منها)، أي: المساليخ، لا بلا تحَرٍّ، (ولا بالتحرِّي، إلا عند المَخمَصة)، فإنه يتحرَّى حينئذ.

(أما إذا كانت الغلَبة للمُذكَّاة، فإنه يجوز التحرِّي فيها، ولو في غير المَخمَصة)، «فيُلقِي ما يظُنُّ أنه حرامٌ، ويأكُل البقيَّة، وإن كان يجد ذكيَّةً أُخرى بيقين؛ لأن أموال الناس لا تخلو عن قليل حرام، فلو لم يجُزْ الانتفاعُ بالتحرِّي لأدَّى إلى تعطيل أموال الناس، فيُؤدِّي إلى حرج عظيم»، «ولوالجية»[3].

---

(١) في هامش (خ): (قوله: التي الكلام فيها. الحاصل أن كلامنا فيما فيه القيمة لحق الشرع فقط، وهو ما نبت بنفسه في غير ملك أحد، وليس من جنس ما ينبته الناس عادة، فافهم).

(٢) انظر: «تبيين الحقائق»، كتاب الحج، باب الجنايات، فصل: الصيد في الحرم (٢/ ٧٠).

(٣) «الفتاوى الولوالجية»، كتاب التحري، الفصل الأول فيما إذا اختلط الحلال بالحرام (٢/ ٣٥٥).

[فرع: اختلط وَدَكُ الميتة بالزيت]

(ومنها: لو اختلط وَدَكُ الميتة)، أي: دَسَمُ لحمِها وشحمِها، (بالزيت)، وهذا اختلاطُ مُمازَجة، لا اختلاطُ مُجاوَرة، كما في الأولى: لم يجُزْ فيه التحرِّي و(لم يُؤكَل) وإن كانت الغلَبَةُ للزيت، إلا عند الضرورة، «ولكن يُباح الاستصباحُ بالزيت إن كان غالبًا، وله بيعُه إن بيَّن عيبَه، ويُدبَغ به الجلودُ ويغسلها؛ لأن المغلوب تابعٌ، ولا حُكمَ للتابع»، «ولو الجية»[١].

وأشار بهذا التعليل أنه «لو غُسلت الجُلودُ المدبوغة[٢]: تطهُر؛ لصيرورة المُتَّصِل بها بعد الغَسْل مُستهلَكًا»، «شيخنا»[٣].

وإن كان الودَكُ غالبًا: لا يجوزِ الانتفاعُ بحال.

وهاتان (المسألتان في صلاة «الخلاصة») من فصل اشتباه القبلة[٤].

[فرع: اختلط لبَنُ بقر بلبَنِ أَتَان، أو ماءٌ وبول]

(ومُقتضَى المسألة الثانية) منهما (أنه لو اختلط لبَنُ بقرٍ بلبَن أتانٍ، أو اختلط ماءٌ وبولٌ: عدِم[٥] جوازُ التناوُل)، لا بغير التحرِّي، (ولا بالتحرِّي)؛ لعدم جرَيان التحرِّي فيه، فلا حاجة إلى قوله: «ولا بالتحري».

---

(١) «الفتاوى الولوالجية»، كتاب التحري، الفصل الأول فيما إذا اختلط الحلال بالحرام (٢/ ٣٥٥).

(٢) أي: بالزيت الغالب.

(٣) «عمدة الناظر» لأبي السعود (ل/ ٢١٣/ ب).

(٤) انظر: «خلاصة الفتاوى»، كتاب الصلاة، الفصل الخامس عشر في استقبال القبلة، اشتباه القبلة والتحري فيها وغيرها (١/ ٧٢).

(٥) في النسخ: (حرم)، والمثبت من «الأشباه» المطبوع مع «غمز العيون»، وكذلك «الأشباه» المطبوع مع «نزهة النواظر».

وحمَله شيخُنا لى اختلاط المُجاوَرة، بأن اختلط ظرفُ لَبَنِ البقَر بظرفِ لبن الأتان، وكذا لو اختلط ظرفُ البول بظرف الماء: فإنه لا يجوز التحرّي فيها(١)، لكن فيه: أنه ليس مقتضى الثانية على هذا، تأمَّل.

[فرع: اختلطت زوجتُه بنِسْوة مَحصُوراتٍ أو غيرِ محصورات]

(ومنها: لو اختلطت زوجتُه بغيرها: فليس له الوطءُ) لواحدةٍ منهُنَّ، لا بلا تحرٍّ، (ولا بالتحرِّي، سواء كُنَّ)، أي: النسوة اللاتي اختلطت الزوجةُ بهِنَّ، (محصوراتٍ أو غيرَ محصوراتٍ، كما) يُستفاد مما (ذكره أصحابُنا في الطلاق المُبهَم، حيث قالوا: لو طلَّق إحدى زوجتَيه مُبهَمًا)، كأن يقول: إحداكما طالقٌ بائنًا، (حرُم الوطءُ لواحدةٍ منهما (قبل التعيين) للمُطلَّقة فيما بينه وبين الله تعالى(٢)، فإذا عيَّن إحداهما

(١) «عمدة الناظر» (ل/ ٢١٣/ ب).

(٢) في هامش (خ): (قوله: فيما بينه وبين الله تعالى، إلى آخر العبارة، يشير به إلى ما في «حاشية الحموي»، ونصه: قوله: حرم الوطء قبل التعيين... إلخ. قيل: لا يقال: بين قوله: حرم الوطء قبل التعيين، وقوله: كان الوطء تعيينا، تدافع؛ لأنا نقول: المراد: حرم وطء واحدة منهما قبل تعين المطلقة فيما بينه وبين الله تعالى، فإذا عين إحداهما للطلاق: حل له وطء الأخرى، ثم إذا وطئ واحدة منهما: يحكم بأن الملطقة هي الأخرى، ولا يذهب عليك قولهم ما قبل قول المعلل، ولهذا كان كذا لِمٌّ لما بعده، وما بعده إِنٌّ على ما قبله، انتهى. وقررنا بهامشه ما نصه: البرهان اللِّمِّيُّ: ما يثبت التصديق بثبوت المحمول للموضوع من غير واسطة، كالاستدلال بتعفن الأخلاط على الحمى، والإِنِّيُّ: ما يثبت التصديق بالواسطة، كالاستدلال بالحمى على تفعن الأخلاط، كما في «الفنري على المطول». وعبارة «الخبيصي» مع المتن: إن الحد الأوسط لا بد أن يكون علة لنسبة الأكبر للأصغر في الذهن، فإن كان مع كونه علة للنسبة في الذهن علة لها في الواقع والخارج: فالبرهان لِمِّيٌّ؛ لأنه يعطي اللِّمِّيَّة في الذهن والخارج، كقولنا: زيد متعفن الأخلاط، وكل متعفن الأخلاط محموم، فزيد محموم؛ فإن الأوسط، وهو متعفن الأخلاط، كما أنه علة لثبوت نسبة =

للطلاق: حلَّ له وطءُ الأخرى، فإذا وطِئ واحدةً منهما: يُحكَم بأن المُطلَّقة هي الأخرى، كما يُفهِمه قولُه: (ولهذا)، أي: لأجل حُرمة الوطء قبل التعيين، (كان وطءُ إحداهما تعيينًا لطلاقِ الأُخرى)، فلو لم يكن الوطءُ حرامًا: لم يمكن القولُ بأن الإقدام على الوطء دليلُ الاسبتقاء، فيَتعيَّن الطلاق. ومن ثمّة قالوا: لو كان الطلاقُ رَجعيًا: لم يكن الوطءُ تعيينًا للطلاق.

فإن قيل: الطلاقُ واقعٌ على إحداهما مُبهَمًا في نفس الأمر، فكيف يعتبر تعيينُه باختياره؟ أُجيب: بأنه إن نوى واحدةً مُعيَّنة منهما عند قوله: إحداكما طالقٌ[1]، فلا إشكال؛ لأنه يجب أن يعين المَنوِيَّة بأنها المُطلَّقة، وإن لم يَنْوِ واحدةً عند الطلاق: فالشارعُ جعَل له تعيينَ المُطلَّقة باختياره، ولا بُعْدَ فيه.

[فرع: أسلَم وتحته خمسُ نسوة، أو أُختان، أو أُمٌّ وبنت]

(ومن صُوَرها)، أي: من جُزئيَّات اختلاطِ زوجته بغيرها، (لو أسلَم) الزوجُ حالَ كونه (على أكثرَ من أربَعٍ) نِسوة، (فإنه يحرُم عليه الوطءُ) لواحدةٍ منهن (قبل

= المحموم إلى زيد في الذهن، كذلك لثبوت تلك النسبة في الخارج أيضًا، وإن لم يكن كذلك، بأن لا يكون علة للنسبة إلا في الذهن فقط: فإِنِّيٌّ، أي: فهو برهانٌ إِنِّيٌّ؛ لأنه يفيد إِنِّيَّة النسبة، أي: تحققها في الخارج، دون لِمّيَّتها، كقولنا: زيد محموم، وكل محموم متعفن الأخلاط، فزيد متعفن الأخلاط، فإن الأوسط، وهو محموم، وإن كان علة لثبوت تعفن الأخلاط في الذهن، إلا أنه ليس علة لها في الخارج، بل الأمر بالعكس، انتهى. وقولهم: لِمِّيٌّ: نسبة لـ(لِمَ)، بعد تشديد الميم، وهو مما يسأل به عن العلة، فلذلك قال في وجه النسبة: لأنه يعطي اللمية... إلخ، ومعنى إعطاء اللمية في الذهن: إعطاء السبب في التصديق، ومعنى إعطاء اللمية في الخارج: إعطاء سبب الحكم في الوجود الخارجي، فهو يعطي اللمية على الإطلاق، فيكون كاملا في إفادتها.

(1) في هامش (خ): (قوله: طالق، صوابه: بائن، تأمل).

الاختيار على قولِ مَن خيَّره، وهو)، أي: المُخيِّر، الإمامُ (محمد) رحمه الله تعالى وزُفَر والشافعيُّ، (وأما الشيخان) أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تعالى، (فقالا)، أي: حكمًا، (ببُطلان النكاح) إن كان تزوَّجَهن بعقدٍ واحد.

(قال في «المجمع» من فصل نكاح الكافر: ولو أسلَم، وتحته خمسٌ) من النسوة فصاعدًا، أسلَمْن معه أو لا، (أو أُختان، أو أمٌّ وبنتٌ: بطَل النكاحُ) عندهما إن كان تزوَّجهما بعقدٍ واحد، (فإن رتَّبه)، أي: أوقَع تزوُّجَهُنَّ على التعاقُب، (فـ) يبطُل نكاحُ (الأخيرة)، وهي الخامسةُ، أو نكاحُ الأربع لو نكَح واحدةً ثم أربعًا، ونكاحُ الأخت الأخيرة، ونكاحُ الثانية من الأمِّ والبنت إذا لم يدخُل بهما، (وخيَّره)، أي: الزوجَ المسلِمَ محمدٌ، (في اختيار الأربعِ) منهُنَّ (في الأُولى مطلقًا)، رتَّب أو لم يُرتِّبْ، (و)في اختيار (إحدى الأُختَين) في الثانية، (و)في اختيار (البنت[1]) على الأمِّ قبل الدُّخول بهما في الثالثة، وفي جَعْل الثالثة في سِلْك ما خيَّره محمدٌ لا بد من اعتبار التغليب؛ لأنه إذا لم يكن التخييرُ ثابتًا في البنت وأُمِّها كيف عطف البنتَ على ما قبله؟ ومثلُه قوله تعالى: ﴿لَنُخْرِجَنَّكَ يَٰشُعَيْبُ وَٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ مَعَكَ مِن قَرْيَتِنَآ أَوْ لَتَعُودُنَّ فِي مِلَّتِنَا﴾ [الأعراف: ٨٨]، فإنهم أدخَلوا شُعيبًا في حكم العَود إلى المِلَّة، مع أنه لم يكن من مِلَّتهم؛ تغليبًا.

وقيَّدنا بعدم الدخول بهما؛ لأنه لو دخَل بهما، وقد تزوَّجَهما بعقدٍ: بطَل النكاحُ؛ لثُبوت حرمة المُصاهَرة، وكذا إذا دخَل بالأمِّ وحدها؛ لأن الأمَّ حرُمت بالعقد على البنت، والبنتُ حرُمت بالدُّخول بالأمِّ، وإن دخل بالبنت دون الأمِّ: فله أن يختار البنتَ دون الأمِّ، وإن تزوَّجَهما في عقدَين: فنكاحُ الأُولى جائزٌ إن دخل بالأُولى،

(١) «مجمع البحرين»، كتاب النكاح، آخر فصل في نكاح أهل الشرك (ص ٥٤٥).

وإن دخل بالثانية فإن كانت الأُولى بنتًا: فسَد نكاحُها؛ لأن الأمَّ حرُمت بالعقد على البنت، والبنتُ بالدُّخول بالأُمِّ، وإن كانت الأُولَى أُمًّا: فنكاحُ البنتِ صحيحٌ؛ لأن العقد على الأمِّ لا يُحرِّم البنت، كذا في «شرح المجمع».

لكن قوله: «فنكاح الأُولى جائزٌ»، لا يَتِمُّ إطلاقُه على قول محمد؛ إذ لو كانت الأُولى أُمًّا، فدخَل بها: فالقياس يقتضي حرمتَهما، الأمّ بعقدِ البنتِ، والبنت بوطءِ الأُم، اللهم إلا أن يُحمَل الدخولُ بالأُولى على الدخول بها قبل العقدَ على الثانية.

[فرع: رمى صيدًا، فوقع في مكان، ثم تردَّى إلى الأرض]

(ومنها: لو رمَى صيدًا، فوقَع في ماء أو) وقع (على سَطْح أو جبَلٍ)، «أو شجرٍ، أو حائطِ آجُر، وكذا لو وقع على رُمْح منصوب، أو قَصَبة قائمة، أو حَرْف آجُرَة، فجرَح بها»، «ملتقى»[1]، «وكذا يحرُم لو وقع في الماء، وإن كان الطيرُ مائيًّا، فوقَع فيه، فإن انغمَس جرحُه فيه: حَرُم، وإلا حلَّ»، «ملتقى»[2]، (ثم تردَّى منه إلى الأرض: حرُم؛ للاحتمال)، أي: احتمال موته بغير الرمي؛ إذ هذه الأشياءُ مُهلِكةٌ مع إمكان التحرُّز عنها، (والاحتياط الحرمة).

[مطلب: حكم الصيد بالبندقة والرصاص]

قال بعضُهم[3]: «ويُعلم منه حرمةُ ما قتلته البُندقةُ، سواء كانت من الطِّينة أو الرَّصاص؛ لاحتمال أنها قتلته بثِقْلها، لا بجَرْحها. وقد وقع النِّزاعُ في هذه المسألة، واستدلَّ المُحرِّم بهذا وبما في «الهداية» من قوله: ولا يُؤكَل ما قتَلته

---

(١) «الملتقى» مع «مجمع الأنهر»، كتاب الصيد (٤/ ٢٦٢).

(٢) «الملتقى» مع «مجمع الأنهر»، كتاب الصيد (٤/ ٢٦٣).

(٣) أي: الأزميري في «شرحه» على «الأشباه»، كذا ذكره الدكتور شهاب في تحقيقه.

البُندقةُ فمات؛ لأنها تدُقُّ وتكسِر ولا تجرَح، فصار كالمِقراض إذا لم يَخزِق»[1].

«وكذا إذا رماه بحَجر، وكان ثقيلا، وبه حِدَّةٌ؛ لاحتمال أنه قتله بثقله، ولو كان خفيفًا، وبه حِدَّةٌ: يؤكل؛ لتعيُّن الموت بالجرح. هذا إذا جرَحه، وإلا لا يؤكُل»، «ملتقى»[2].

ثم قال: «والأصل في هذه المسائل أن الموت إذا كان مُضافًا إلى الجَرح بيقينٍ: كان الصيدُ حلالا، وإن كان مضافًا إلى الثقل بيقين: كان حرامًا قطعًا، وإن وقع الشكُّ، ولا يُدرى أنه مات بالجرح أو الثقل: كان حرامًا احتياطًا»[3]، انتهى.

قال[4]: ولا شكَّ أن البندقة، سواء كانت من الطِّين أو الرصاص، ثقيلةٌ، بل الثاني أثقلُ من الأوَّل»، انتهى، فليُحرَّر.

(بخلاف ما إذا وقع) الصيدُ **(على الأرض ابتداءً)** من غير تخلُّل شيءٍ منها، فإنه يحِلُّ مع احتمالِ أن يكون موتُه بالوقوع عليها؛ **(لأنه لا يمكن التحرُّزُ عنه، فسقط اعتبارُه)**، أي: اعتبار موته بالوقوع عليها[5].

---

(١) «الهداية» مع «نتائج الأفكار»، كتاب الصيد، فصل في الرمي (١٠/ ١٣٠).

(٢) انظر: «الدر المنتقى» مع «مجمع الأنهر»، كتاب الصيد (٤/ ٢٦٤).

(٣) انظر: «الدر المنتقى» مع «مجمع الأنهر»، كتاب الصيد (٤/ ٢٦٤).

(٤) أي: الأزميري.

(٥) في هامش (ع): (وكذا لو وقع على صخرة أو آجرة فاستقر ولم ينجرح: حل؛ لأنه كالأرض. واعلم أنه يشترط في الجرح الإدماء، وقيل: إن كان كبيرا لا يشترط، وإن صغيرا يشترط، «ملتقى»).

[مسائل مُستثناةٌ من قاعدة «إذا اجتمع الحلالُ والحرام غُلِّب الحرام»]

(وخرج عن هذه القاعدة مسائلُ):

[الأولى: مَن أحد أبوَيه كتابيٌّ والآخَر مَجوسي، فهو كتابيٌّ]

(الأُولى) منها: (من أحدُ أبوَيه كتابيٌّ، والآخَرُ مَجوسيٌّ: فإنه يحِلُّ نكاحُه وذبيحتُه، ويُجعَل كتابيًّا، وهي)، أي: القاعدة، (تقتضي أن يُجعل مجوسيًّا)، فيحرُم نكاحُه وذبيحتُه، (وبه)، أي: بجعله مجوسيًّا، (قال الشافعيُّ رحمه الله تعالى، ولو كان الكتابيُّ الأبَ في الأظهر عنده؛ تغليبًا لجانب التحريم، لكن أصحابنا تركوا ذلك)، أي: تغليب جانب التحريم، (نظَرًا للصغير، فإن المجوسيَّ شرٌّ من الكتابيِّ)؛ لأن له دِينًا سَماويًّا، بخلاف المجوسيِّ، (فلا يُجعَل الولد تبعًا له)، أي: المجوسي.

لكن لا حاجة إلى خروج هذه المسألة عن القاعدة، فإن عندنا حِلَّ المُناكَحة والذبيحة من أحكام الإسلام، فيُرجَّح الكتابيُّ بهما، كما يُرجَّح المسلم بالإسلام، فلا تَتحقَّق المُعارَضة حتى يُحتاجَ إلى القول بالخروج، فإن تغليبَ جانب الحرام إنما هو عند التعارُض.

[الثانية: الاجتهاد في الأواني إذا كان أقلُّها نجِسًا]

(الثانية) من المسائل الخارجة: (الاجتهادُ في الأواني)، أي: التحرِّي فيها، (إذا كان بعضُها طاهرًا وبعضُها نجسًا، والأقلُّ نجِسٌ: جائزٌ)، خبرٌ قوله: «الاجتهاد»، (ويُريق ما غلب على ظنِّه أنه نجسٌ، مع أن الاحتياط أن يُريق الكُلَّ)؛ ليكون عادِمَ الماء، (ويَتيمَّم، كما يُريق الكُلَّ إذا كان الأقلُّ طاهرًا)؛ ليكون أبعدَ من الخلاف؛ لأن من الناس من يقول: يتحرَّى عند كون الأقلِّ طاهرًا أيضًا، كما في «الخلاصة»[1]؛

---

(١) قال في «الخلاصة»، كتاب الصلاة، الفصل الخامس عشر في استقبال القبلة، اشتباه القبلة والتحري =

(عملًا بالأغلبِ)؛ بناءً على أن النجس مُحرَّم، والمُحرَّم أغلبُ من المُبيح، (فيهما)، أي: الصورتين، من كون الأقلّ نجسًا أو طاهرًا.

ويمكن أن يقال: إن غلبة الحرام فيما يجري[1] فيه التحرّي إنما هو عند التعارُض، وعند كون الأقلّ نجسًا لا يُعارض الأكثر، فيُعمَل بالتحرّي، فلا حاجة إلى خروج هذه المسألة أيضًا من القاعدة المذكورة.

[الثالثة: الاجتهاد في ثياب مُختلِطة]

(الثالثة) منها: **(الاجتهاد في ثياب مُختلِطة، بعضُها نجسٌ وبعضُها طاهر: جائزٌ، سواء كان الأكثرُ نجسًا أو لا).**

ولما كان في مسألة الثياب لا يُشترط لجواز التحرِّي كونُ الأقلِّ نجسًا، بخلاف مسألة الأواني قال: **(والفرق)** بين الثياب والأواني **(أنه)**، أي: الشأن، **(لا خَلَفَ لها)**، أي: الثياب، **(في سَتْر العورة، وللوضوء خلَفٌ في التطهير، وهو التيمُّم)**، فكانت الحاجةُ إليها أشدَّ من الحاجة إلى الأواني، فوُسِّع فيها بترك الاشتراط.

وفيه: أنهم صرحوا بأن العاري إذا لم يجد ثوبًا يُلطِّخ جسدَه، أو يَستُر عَورتَه بحَشيش أو ماءٍ كَدِرٍ، ولا شك أن السَّتر فيما ذُكر خلَفٌ عن الثياب، فتأمّل[2].

= فيها وغيرها (١/ ٧٢ - ٧٣): «وإن اشتبهت الأواني، والبعض طاهر والبعض نجس، إن كانت الغلبة للطاهر يتحرى، وإن كانت الغلبة للنجس أو كانا سواء لا يتحرى، هذا في حالة الاختيار. وأما في حالة الاضطرار، فيتحرى للشرب بالإجماع...، ولا يتحرى للوضوء عندنا، ولكنه يتيمم».

(١) في (ع): (يمكن).

(٢) انظر: «غمز العيون» (١/ ٣٤١). وفي هامش (خ): (قوله: فتأمل. تأملنا، فوجدنا كلامك ساقطا بالكلية؛ لأن القصد ليس خصوص الثوب، بل مطلقا، ولو بحشيش... إلخ، فهو من أفراد ما به الستر أصالة، وليس خلفا، فافهم، انتهى).

(هذا) الذي ذكرناه في الأواني (كلُّه حالَ الاختيار. وأما في حال الضرورة، فيتحرَّى للشُّرب اتفاقًا، كذا في «شرح المجمع» قُبَيل باب التيمُّم).

قيل: إن الكلام ليس إلا في التحرِّي للوضوء، هل يَتحرَّى فيه أو لا، لا في التحرِّي للشرب وما هو أعمُّ منه، إلا أن يقال: إنه لبيان حكمٍ آخر، وهو التحرِّي للشرب، فإنه يَتحرَّى اتفاقًا حالَ الضرورة، وعند عدمها يَتحرَّى كما للوضوء[1].

[فرع: لُبس الثوب المنسوج لُحمتُه من حرير وسَداه غيرُه]

(وينبغي أن يُلحق بمسألة الأواني: الثوب المنسوجُ لُحمتُه)، بالضمِّ، ما أُدخِل بين السَّدَى، وقال في «المصباح»: «بالفتح، والضمُّ لُغةٌ، وقال الكسائي: بالفتح، لا غير»[2]، (من حرير و)سَداه (غيرُه)، أي: غير الحرير من قطن أو كتَّان أو صُوف، ولفظ «سداه» بين «حرير» و«غيره» ساقطٌ[3] من القلم في عامَّة النُّسَخ، (إن كان الحريرُ أقلَّ وزنًا أو استوَيَا، بخلاف ما إذا زادَ) الحريرُ (وزنًا).

وفيه: أن اختلاطَ الأواني اختلاطُ مُجاوَرة، يمكن التحرِّي فيها واختيارُ الطاهر منها، واختلاطُ الحرير اختلاطُ تركيب، لا يمكن فيه ذلك التحري، فلا مُناسَبة بينهما تقتضي الإلحاق، مع أن قوله: «واستويا»، يدلُّ على أنه يجوز التحرِّي ويحِلُّ الوضوءُ

---

(١) في هامش (خ): (قوله: وعند عدمها يتحرى كما للوضوء. هذا كلام مختل، والصواب ما في «أبي السعود»، ونصه: واستفيد من قول المصنف: والفرق بين الثياب والأواني... إلخ، أن جواز التحري للوضوء مشروط بما إذا كانت الغلبة للطاهر، بخلاف غير الوضوء، كالشرب والأكل وستر العورة، فإنه يتحرى مطلقا، سواء كانت الغلبة للطاهر أم لا، لكن عند الضرورة حالة الاختيار، انتهى بحروفه).

(٢) «المصباح المنير»، كتاب اللام، اللام مع الحاء (٢/ ٥٥١).

(٣) في هامش (ع): (قوله: ساقط، ساقط من قائله).

عند الاستواء في الأواني، والأمرُ بخلافه؛ لما في «الخلاصة» أنه «عند الاستواء في الأواني لا يجوز استعمالُ الطاهر، بل يُريق الكُلَّ ويَتيمَّم»(١).

ولا يخفى عليك أن هذا التفصيل مُقَيَّدٌ لما ذكروه أن ما سَداه إبريسم ولُحمتُهُ غيرُه يجوز لُبْسُه، وعكسُه لا، إلا في الحرب.

(ولم أرَه)، أي: هذا الفرع، (الآن).

قيل: ويدلُّ على الحِلِّ تعميمُهم في قسم الحلال الذي سَداه من حرير ولُحمتُهُ غيرُه، حيث قالوا: «سواء كان مُساوِيًا للحرير أو غالبًا أو مغلوبًا، اعتبارًا لآخِرِ الوصفَين»، كما في «القهستاني»(٢).

وفي «الملتقى» و«شرحه»: «ولا بأسَ، أي(٣): يحِلُّ بلا كراهة، إجماعًا أن يلبس ما سَداه إبريسم ولُحمتُه غيرُه، سواء كان مغلوبًا أو غالبًا أو مُساوِيًا للحرير، كالقطن والكتَّان والصُّوف والخزِّ، فإن الاعتبار لأحدِ الوصفَين، وقيل: لا يَلبَس إلا إذا غلَب اللُّحمة على الحرير، والصحيح الأوَّلُ كما في «المحيط»، وأقرَّه القهستاني وغيره، لكن في «الشرنبلالية» عن «البرهان» أنه يكره ما سَداه ظاهرٌ، وقيل: لا يكره(٤)، ونحوه في «الاختيار»(٥)، وفي «البرجندي» عن «المُصفَّى»: قلت: وقد علمتَ ما هو

---

(١) انظر: «خلاصة الفتاوى»، كتاب الصلاة، الفصل الخامس عشر في استقبال القبلة، اشتباه القبلة والتحري فيها وغيرها (١/ ٧٢).

(٢) انظر: «جامع الرموز»، كتاب الكراهية (٢/ ٣٠٣).

(٣) في النسخ: (أن)، والمثبت من «الملتقى».

(٤) انظر: «غنية ذوي الأحكام»، كتاب الكراهية والاستحسان، فصل: لبس الرجل للحرير (١/ ٣١٢).

(٥) انظر: «الاختيار لتعليل المختار»، كتاب الكراهية، فصل: استعمال الحرير والذهب (٤/ ١٥٨).

الصحيح، وعليه تعليلُ «الهداية» وعامَّة المُعتبَرات»[١]، انتهى المراد منه.

وبعد تحرير هذا المَحلِّ على هذا الوجه ظهر لي أن الذي لم يَرَه المُصنِّف هو ما ذكره من أنه إذا كان لُحمته من حرير وغيره من غير تقدير السَّدَى، فالظاهر اعتبارُ الغالب، وإن استويَا أو أقلَّ، قال في «شرح الملتقى»: «ولم أرَ ما لو خُلطت اللُّحمةُ بإبريسم وغيره، والظاهر اعتبارُ الغالب، ثم رأيتُه في «الأشباه» ألحقَه بمسألة الأواني، وحينئذ فيحِلُّ لو حريرُ اللُّحمة مُساوِيًا وَزْنًا أو أقلَّ، لا لو زاد»[٢]، انتهى، لكن قضية الإلحاق أن يُجعَل المُساوِي غيرَ حلالٍ، كالزائد.

[فرع: اختلط إناؤُه بأواني أصحابه، أو رغيفُه بأرغِفة غيره]

(وذكر في «الخلاصة» من التحرِّي في كتابِ الصلاة: لو اختلط أوانيه بأواني أصحابه في السفر، وهم)، أي: أصحابه، **(غُيَّبٌ، أو اختلط رغيفُه بأَرغِفة غيرِه)**، وهو غائب، **(قال بعضهم: يَتحرَّى فيها، وقال بعضهم: لا يَتحرَّى، ويَتربَّص حتى يجيءَ أصحابُه. وهذا)** الخلاف **(إنما هو في حالة الاختيار. وأما في حالة الاضطرار، جازَ التحرِّي مطلقا)** من غير نظر إلى القلَّة والكثرة في الأواني والأرغفة. ولا يصِحُّ أن يُفسَّر الإطلاق، سواء كان أصحابُها حُضورًا أو غُيَّبًا؛ إذ لا معنى للتحرِّي عند حضورهم، كذا قيل[٣]، فتأمَّل، **(انتهى)** كلام «الخلاصة»[٤].

---

(١) «الدر المنتقى» مع «مجمع الأنهر»، كتاب الكراهية، فصل في اللبس (٤/ ١٩٤ ـ ١٩٥).

(٢) «الدر المنتقى»، كتاب الكراهية، فصل في اللبس (٤/ ١٩٥ ـ ١٩٦).

(٣) في هامش (خ): (قوله: كذا قيل. قال أبو السعود: وفيه نظر؛ لاحتمال حصول الاشتباه لهم أيضا، انتهى).

(٤) «خلاصة الفتاوى»، كتاب الصلاة، الفصل الخامس عشر في استقبال القبلة، اشتباه القبلة والتحري فيها وغيرها (١/ ٧٣).

وفيه نوعُ مخالفةٍ لما تقدم.

[فرع: مسُّ كتب التفسير للمُحدِث]

(وقد جوَّز أصحابُنا مسَّ كُتبِ التفسير للمُحدِث، ولم يُفصِّلُوا) في هذا التجويز (بين كون الأكثر قرآنًا أو تفسيرًا، ولو قيل به)، أي: التفصيل، بأن يجوز المسُّ إذا كان التفسيرُ أكثرَ، وأن لا يجوز إذا كان القرآنُ أكثرَ، (اعتبارًا للغالب)، أي: الأكثر منهما، (لكان حسَنًا).

ولا يخفى عليك أن ذلك أن لو كان التجويزُ المذكور مبنيًّا على اختلاط غير القرآن به. وأما إذا كان مبنيًّا على الضرورة بكثرة الاحتياج إلى تناوُل كُتب التفسير، بخلاف المُصحَف، فإن القرآن كثيرًا ما يُقرَأ عن ظَهر قلبٍ، فلا؛ إذ لا فرق في الضرورة بين كون التفسير أقلَّ أو أكثرَ.

قال في «الخلاصة»: «ويكره مسُّ المُصحَف للمُحدِث كما يُكره للجُنُب، وكذا مسُّ التفسير والأحاديث والفقه عندهما، وعند أبي حنيفة: الأصحُّ أنه لا يكره[1]، وبه أخذ عامَّة المشايخ للضرورة»[2]، انتهى.

[الرابعة: سقى شاةً خمرًا، أو علَفها حرامًا]

(الرابعة) منها: (لو سقى شاةً خمرًا، ثم ذبَحها من ساعته، فإنها تُؤكَل بلا كراهة، كذا في) أشربة («البزازية»[3]، ومقتضى القاعدة) المذكورة (التحريم).

---

(١) في «الخلاصة»: «وعند أبي حنيفة: الأصح أن عنده لا يكره».

(٢) «خلاصة الفتاوى»، كتاب الصلاة، الفصل الحادي عشر في القراءة، جنس في قراءة القرآن خارج الصلاة (١/ ١٠٤). وليس فيها قوله: (وبه أخذ عامة المشايخ للضرورة).

(٣) «الفتاوى البزازية»، كتاب الأشربة (٦/ ١٢٦).

وفيه: أن القاعدة المذكورة إنما تقتضيه عند سراية الخمر في اللحم وتأثيرِه فيه، وفي ساعته لا يوجد ذلك، ويدل عليه تعليلُ «الخانية» بقوله: «لأن مثل هذا لا يُؤثِّر في اللحم»[١].

(ومقتضى الفرع) المذكور (أنه لو علَفها حرامًا لا يحرُم لبنُها ولحمُها)، أي: حلّ الشاة؛ لأن ما أكل يكون مُستهلكًا، فيضمَن قيمته.

قال في «البزازية»: «سرَق ماءً، وساقَه إلى أرضه أو كَرْمه: يَطيبُ له الخارجُ، كمن غصَب شعيرًا أو علَفًا، فأعلَفه دابّتَه حتى سمِن به: ضمِن قيمةَ العلَف وطابَ له ما زاد في الدابَّة، وكذا لو سرَق الفِرْصاد، وأطعَمه الفَيلق: ضمِن قيمةَ الأوراق وطابَ له الإبريسم»[٢]، انتهى.

فعلى هذا، أمر الاقتضاء منظورٌ فيه، تأمل.

(وإن)، وصلية، (كان الوَرَعُ التركَ)، أي: ترك شُربِ لبنِها أو أكلِ لحمِها؛ لأن الورع يقتضي الاجتنابَ عما فيه شائبةُ حرمةٍ.

رُوي أن امرأةً سألت الإمامَ أحمدَ بن حنبل رحمه الله تعالى، فقالت: إنا نَغزِل على السَّطْح في الليالي، فتَمُرُّ بنا شُموع آل طاهر، فنَغزِل فيه الطاقة والطاقتَين، هل يَطيبُ لنا ثمنُ ذلك الغزل ؟ فقال الإمام: من أنتِ؟ فقالت: أنا أُختُ بِشْر الحافي، فقال: ما هذا الورعُ الصافي إلا فيكم.

(ثم قال في «البزازية» بعده: ولو بعد ساعةٍ إلى يوم، تحِلُّ مع الكراهة، انتهى[٣])؛

---

(١) «فتاوى قاضي خان»، كتاب الأشربة، فصل في معرفة الأشربة (٣/ ٢٢٥).

(٢) «الفتاوى البزازية»، كتاب الشرب، الفصل الأول في المياه (٦/ ١١٥ - ١١٦).

(٣) «الفتاوى البزازية»، كتاب الأشربة (٦/ ١٢٦).

لحُصول النُّمُوِّ بالسَّقْي، ومفهومُ الغاية(١) يدلُّ على عدم الكراهة بعد اليوم، ولعلَّه لحصول الانقلاب التامِّ بعد اليوم بحيث لم يبقَ له أثرُ الخمر أصلا.

[الخامسة: أكل المُحرِم شيئًا استهلك فيه الطِّيب]

(**الخامسة**) منها: مسألة (**أن يكون الحرامُ**)، أي: الطِّيب، لا مطلقًا، كذا قيل، تأمل، (**مُستهلَكًا**) في شيء آخر، (**فلو أكل المُحرِم شيئًا قد استهلك فيه الطِّيب: فلا فديةَ عليه**).

وفيه: أن هذا مُقيِّدٌ للقاعدة، لا خارجٌ عنها، تأمَّل(٢).

(**وقد أوضحناه في «شرح الكنز» في جنايات الإحرام**). قال ثَمَّة: «لو خُلط الطيب بطعام من غير طَبْخ: فالعبرةُ للغالب(٣)، فإن كان الطيبُ مغلوبًا: فلا شيء عليه أصلا، إلا أنه يُكره إذا كانت رائحتُه توجَد فيه، وإن كان غالبًا ففيه الدم. ولو خلط بمشروب، فإن كان غالبًا: ففيه الدم، وإن كان مغلوبًا: فصدقةٌ، إلا أن يشرَب

---

(١) في هامش (خ): (قوله: ومفهوم الغاية... إلخ. هذا الفهم خطأ فاحش؛ لأن التحديد باليوم لدفع توهم الكراهة بالسراية في اللحم، فبعد اليوم تتحقق الكراهة لتحقق السراية، فافهم).

(٢) انظر: «غمز العيون» (١/ ٣٤٣).

(٣) في هامش (خ): (قوله: فالعبرة للغالب. الظاهر أن الغلبة باعتبار الأجزاء، بقرينة قوله: إلا أنه يكره إذا كانت رائحته توجد فيه، فإنه لو فرض أن الطيب له رائحة فقط، وظهرت تلك الرائحة، واعتبرنا الغلبة بحسب الأوصاف، وظهرات الرائحة: يكون حينئذ غالبا، مع أن فرض المسألة أنه مغلوب، ومن فهم غير ذلك، وقاسه على الماء إذا خلط بمائع، فإنهم اعتبروا الغلبة باعتبار الأوصاف، فهو قياس باطل، يرده ظاهر النص المذكور، وعليك بالتأمل. والحاصل أن موضوع المقيس والمقيس عليه مختلف، فهو قياس مع الفارق، ففهم غير ذلك باطل لا يتلفت إليه، بل الملتفَت إليه النص المذكور هنا).

مرارًا، [فدمٌ]، كذا قالوا. وينبغي أن يُسوَّى بين المأكول والمشروب، المخلوط كلٌّ منهما بطِيب مغلوبٍ، إما بعدم شيءٍ أصلًا، كما هو الحكم في المأكول، أو بوجوب الصدقة فيهما، كما هو الحكم في المشروب»[1]، انتهى.

وقوله: «من غير طبخ»، وأما لو جُعل الطِّيبُ في طعام قد طُبخ وتغيَّر، وأكَله: لا شيءَ عليه»، كما في «الخانية»[2].

[السادسة: اختلَط مائعٌ طاهرٌ بماءٍ مُطلَق]

(السادسة) منها: (إذا اختلط مائعٌ طاهرٌ بماءٍ مُطلَق: فالعبرةُ) في جواز الطهارة وعدمها (للغالب)، وكذا الحكم في اختلاط جامدٍ طاهر، غير أن الغلَبَة فيه لا تُعتبَر إلا بالسَّيَلان وعدمه، (فإنْ غلَب الماءُ) عليه: (جازَتْ الطهارةُ به، وإلا)، أي: وإن لم يغلب الماءُ عليه، (فلا) تجوز الطهارةُ به، فيُفيد عدمَ الجواز عند الاستواء؛ قال في «البحر»: «وإذا استوَيا، لم يذكر في ظاهر الرواية، لكن عباراتِ القوم أنه تجوزُ به الطهارةُ ما لم يغلِبْ عليه غيرُه، فتُفيد الجوازَ عند الاستواء»[3]، انتهى.

ولكن في «البدائع»: «وإذا استويا: لم تجُزْ الطهارةُ به أيضًا احتياطًا»[4].

(وقد بيَّنَّا في الطهارات من «شرح الكنز» بماذا تُعتبَر الغلَبَة).

اعلم أن الماء المطلق إذا خرج عن طبعه بغلَبة غيرِه لا تجوز الطهارةُ به بالاتفاق.

---

(١) «البحر الرائق»، كتاب الحج، باب الجنايات في الحج (٣/ ٦).

(٢) انظر: «فتاوى قاضي خان»، كتاب الحج، قبيل فصل فيما يوجب الكفارة والصدقة على الحاج (١/ ٢٨٦).

(٣) انظر: «البحر الرائق»، كتاب الطهارة، أقسام المياه، الوضوء بالماء ولو خالطه طاهر (١/ ٧٣). وليس فيه من قوله: (لكن عبارات القوم) إلى آخر النقل.

(٤) انظر: «بدائع الصنائع»، كتاب الطهارة، فصل: شرائط أركان الوضوء (١/ ١٥).

واختلفت عباراتُهم في تحقُّق ما به الغلبةُ، وقد ذكر في «البحر» رواياتٍ مختلفةً وضابطًا للتوفيق بينها، فقال: «إن المُخالِط لا يخلو: إما أن يكون جامدًا أو مائعًا، فإن كان جامدًا: فما دام يجري على الأعضاء فالماءُ هو الغالب، وإن كان مائعًا، فلا يخلو: إما أن يكون مخالفًا للماء في الأوصاف كلِّها، أي: اللَّون والطَّعم والرائحة، أو في بعضها، أو لا يكون، فإن لم يكُنْ مُخالِفًا في شيء، كالماء المُستعمَل على الصحيح من طهارته وغيره من المائعات التي لا تُخالف الماء في الوصف: يُعتبَر بالإجزاء؛ وإن كان مخالفًا له فيها، فإن غيَّر الثلاثَ أو أكثرَها: لا يجوز الوضوءُ به، وإلا جاز، وإن خالَفه في وصف واحد أو وصفَين: تُعتبَر الغلبةُ من ذلك الوجه، كاللَّبَن مثلا يخالفه في الطَّعم واللَّون، فإن كان لونُ اللَّبَن أو طعمُه هو الغالب فيه: لم يجُزْ الوضوءُ به، وإلا جاز، وكذا ماءُ البِطِّيخ يخالفه في الطعم، فتُعتبر الغلبة بالطعم.

فعلى هذا ينبغي أن يُحمَل جميعُ ما جاء منهم على ما يليق به، فيُحمل قولُ مَن قال: إن كان رقيقًا يجوز الوضوءُ به، وإلا فلا، على ما إذا كان المُخالط جامدًا، وقولُ من قال: إن غيَّر أحدَ أوصافِه جاز الوضوءُ به، وإلا فلا، على ما إذا كان المخالطُ مخالفًا في الأوصاف الثلاثة، ومن قال: إذا غيَّر أحد أوصافه لا يجوز به، على ما إذا كان مخالفًا في وصفٍ واحدٍ أو وصفَين، وقولُ من قال: يُعتبَر الأجزاء، على ما إذا كان المخالطُ لا يخالفه في شيءٍ من الأوصاف»[1]، انتهى.

[السابعة: اختلط لبن المرأة بماء أو دواء أو لبن شاة]

(السابعة) منها: (لو اختلط لبنُ المرأة بماءٍ أو بدَوَاءٍ أو بلبَنِ شاةٍ: فالمُعتبَرُ) في ثُبوت الرضاع والحرمة (الغالبُ) بالاتفاق، فإن كان الغالبُ لبنُ المرأة يحرُم؛

(١) انظر: «البحر الرائق»، كتاب الطهارة، أقسام المياه، الوضوء بالماء ولو خالطه طاهر (١/ ٧٣).

وإلا فلا. وفي «القهستاني»: «المُعتبَر في الغلبة بحسب الأجزاء في اختلاط اللَّبَن، وبحسب اللَّون أو الطَّعم في غلَبة غيرِه»[١]، انتهى.

(وتثبُت الحرمةُ إذا استوَيا احتياطًا، كما في «الغاية». واختُلف) في ثبوت الحرمة بالمغلوب (فيما إذا اختلط لبنُ امرأةٍ بلبنِ امرأةٍ أُخرى)، فقال الشيخان: لا تثبُت الحرمة بالمغلوب منهما؛ لأن منفعة المغلوب لا تظهر في مقابلة الغالب، فإن قليلَ الماء إذا وقع في البحر لا يبقى لأجزائه منفعةٌ؛ لكثرة التفرُّق، وإذا فاتت المنفعةُ بسبب الغلبة: بقي حكمُ الرضاع للكثير، «وقال محمد وزفر رحمهما الله تعالى، وهو روايةٌ عن الإمام: تثبت الحرمةُ بهما؛ لأن الشيء لا يصير مُستهلكًا بجنسه، بل يَتقوَّى به، وكلُّ واحدٍ منهما سببٌ لإنباتِ اللحم وإنشاز العظم»، كما في «الاختيار»[٢].

(والصحيح) ما قاله محمد وزفر، و(هو ثبوت الحرمة بهما من غير اعتبار الغلبة). قال في «الغاية»: وهو الأظهر والأحوطُ، وفي «شرح المجمع»: قيل: إنه الأصحُّ[٣]، (كما بيَّنَّاه)، أي: ثبوت الحرمة بهما على الصحيح، (في كتاب الرَّضاع من«شرح الكنز»[٤])، ونقل ما ذكرناه.

وكذلك اختلفوا فيما إذا اختلط لبنُ المرأة بالطعام، فقالا: تعتبر الغلبةُ، وقال الإمام: لا تثبُت به الحرمةُ مطلقًا، سواء كان اللبنُ غالبًا أو مغلوبًا، مطبوخًا أو لا.

---

(١) انظر: «جامع الرموز»، كتاب الرضاع (١/ ٥٠٢).

(٢) «الاختيار لتعليل المختار»، كتاب الرضاع (٣/ ١١٩).

(٣) انظر: «شرح مجمع البحرين»، كتاب الرضاع (٧/ ١٩٧).

(٤) انظر: «البحر الرائق»، كتاب الرضاع، المحرمات بسبب الرضاع (٣/ ٢٤٥).

[الثامنة: جوازُ أخذ مالِ المُهدِي إذا كان غالبُه حلالا]

(الثامنة) منها: (إذا كان غالبُ مال المُهدِي حلالا: فلا بأسَ بقبول هديَّتِه وأكْلِ مالِه)، أي: طعامه الذي أباحه، (ما لم يَتبيَّن أنه حرامٌ)؛ لأن أموال الناس لا تخلو عن حرام، فيُعتبَر الغالبُ، (وإن كان غالبُ ماله الحرامَ: لا يَقبلها)، أي: الهدية، (ولا يأكل طعامَه إلا إذا قال: إنه حلالٌ)، وبيَّن جهةَ حِلِّه، بأن يقول: (ورِثَه أو استقرضه. وكان الإمام أبو القاسم الحاكمُ يأخُذ جَوائزَ السُّلطان)، أي: عطاياه، «وكان يَستقرِض لجميع حوائجه، وما يأخُذ من الجائزة كان يَقضِي به دَينه»، كما في «الخلاصة»[(١)].

(والحيلة) فيه، وفي أمثاله للتخلُّص عن تناوُل ما لا يليق من جوائز السلطان وما يأخُذه من الهديَّة (أن يَشتريَ شيئًا بمالٍ مطلقًا)، أي: بلا إضافةٍ إلى شيء، كأن يقول: اشتريتُه بألف درهم، (ثم يَنقُده من أيِّ مالٍ شاء) من جوائز السلطان وغيرها، فإنَّ ما اشتراه لا يتمكَّن فيه الخبثُ حينئذ، وكذا إذا أضاف النقدَ إلى الحلال ونقَد من غيره، (كذا ذكره) الإمام (الثاني) أبو يوسف رحمه الله تعالى ناقلا (عن الإمام) الأوَّل أبي حنيفة رحمه الله تعالى، (و)نقل (عن الإمام أبي حنيفة) رحمه الله تعالى (أن المُبتلَى بطعام السلطان والظَّلَمة يتحرَّى، فإن وقع في قلبه حِلُّه: قبِل) طعامَهم (وأكَل، وإلا)، أي: وإن لم يقع في قلبه الحِلُّ، (لا) يقبله ولا يأكُله؛ (لقوله عليه الصلاة والسلام: «استفْتِ قلبَكَ»... الحديث)، أي: اقرَأه بتمامه، وتمامُه: «وإن أفتاك المُفتُون»، كما في «الجامع الصغير»[(٢)].

(وجواب الإمام)، أي: وهذا الجواب منه، إنما هو (فيمن به وَرَعٌ وصفاءُ قلب)

---

(١) «خلاصة الفتاوى»، كتاب الكراهية، الفصل الرابع في المال من الإهداء (٤/ ٣٤٩).

(٢) انظر: «الجامع الصغير» مع «فيض القدير» (١/ ٤٩٥)، برقم (٩٥٠). والحديث رواه الإمام أحمد في «مسنده» برقم (١٨٠٠٦).

ينظُرُ بنُورِ الله، ويُدرِكُ بالفراسة)، لا في حقِّ كل أحد، «وقال عثمان رضي الله عنه لرجل دخل عليه، وكان يُكرِّر النظرَ في طريقه إلى أجنبيَّة: أيدخُل عليَّ أحدُكم بعينٍ زانية؟ قال: أوَحْيًا بعد رسول الله ﷺ؟ فقال: لا، ولكن فراسة[١]. وعن بعضهم أنه قال: ما أكلتُ طعامًا حرامًا قطُّ، فإنه ما قُدِّم إليَّ إلا وقد شهِد قلبي بحاله»، «بزازية»[٢].

وفي «الخانية»: «ومشايخنا قالوا: ينبغي أن لا يأكُل[٣] من طعام الوالي ليكون تعبيرًا[٤] على الغاصب»[٥]، انتهى.

(كذا في «البزازية» من كتاب الكراهية[٦]).

وفيه أيضًا: «ولا بأس بقبول هدية المُستقرِض؛ لأنها غيرُ مشروطة له في القرض، فإن كان ممَّن جرَتْ عادتُه بالمُهاداة قبل القرض: فالأفضل القبول؛ لأن قبولها من حقوق المسلم على المسلم، وكذا إذا كان المُهدي معروفًا بالجُود، أو كانت بينهما مَودَّةٌ؛ لأن السبب الظاهر قائمٌ مقامَ العلم، وإن لم يوجد واحدٌ من هذه الأمور: فالتورُّعُ من قبوله أفضل؛ لأن الظاهر أنه جرَّ نَفْعَه. **فالحاصل** أن الهدية لو لم تكُنْ للدَّين: لا تُكره، ولو للدَّين: تُكره، وكذا الحكم في الهدية للقاضي»[٧]، انتهى.

---

(١) ذكر هذا الأثر غير واحد، منهم المناوي في «فيض القدير» (١/ ١٤٢)، والقاري في «شرح مسند أبي حنيفة» (ص ٥٦٦)، بغير إسناد.

(٢) «الفتاوى البزازية»، كتاب الكراهية، الفصل الرابع في الهدية والميراث (٦/ ٣٦٠).

(٣) كذا في «الخانية». وفي النسخ: (لا ينبغي أن يأكل).

(٤) كذا في (ع). وفي (خ) و(م): (تعبيرا). وفي «الخانية»: (تسيرا). والله أعلم.

(٥) «فتاوى قاضي خان»، بداية كتاب الحظر والإباحة (٣/ ٤٠٠).

(٦) «الفتاوى البزازية»، كتاب الكراهية، الفصل الرابع في الهدية والميراث (٦/ ٣٦٠).

(٧) «الفتاوى البزازية»، كتاب الكراهية، الفصل الرابع في الهدية والميراث (٦/ ٣٦٢).

[التاسعة: اختلط الحمَامُ المملوكُ بغيره]

(التاسعة) منها: (إذا اختَلط حمامُه المملوكُ) له، بغير المملوك له، ولم يمكن تمييزُها: (فظاهرُ كلامِهم أنه لا يحرُم، وإنما يُكره؛ قال في «البزازية» من اللُّقَطة، بل من كتاب جُعل الآبق: (اتَّخَذ بُرْجَ حمَام في قرية، ينبغي أن يحفَظَها ويَعْلِفها، ولا يَترُكَها بلا علَفٍ كيلا يتضرَّر الناسُ) بإتلافِ حُبوبهم في البيوت والمَزارع أو بنُزولها وتزاحُمها في الدُّور والمَنازل، ومحلُّ استفادة الحكم المذكور من قوله: (فإذا اختلط حمَامُ غيرِ صاحبها) بها: (لا ينبغي أن يأخُذَها، ولو أخذها: طلَب صاحبَها كالضالَّة، إلى آخِر ما فيها)، وآخِرُه: «وإن فرَّخ عنده، إن كانت الأمُّ غريبةً: لا يَتعرَّض للفرخ، وعلى القلب الفرخُ له، وكذا البيضُ لصاحب الأمِّ؛ لأنه يَتبَعُها، وقال السرخسي: لا يحِلُّ فرخ الحمام المُتولِّد في بُرجها المنصوبة إلا إذا كان فقيرًا، فإن كان غنيًّا يَتصدَّق على فقير، ثم يشتريه منه، فإن لم يعلم أن فيه غريبًا: لا بأس؛ لأن العدم أصلٌ»[1]، انتهى.

وأنت خبيرٌ بأن ما ذكره المُصنِّف لا يُستفاد من هذا المنقول، بل يُستفاد منه خلافُه؛ لأن حاصله أن اختلاطَ حمام الغير إما أن لا يكون معلومًا أو يكون، فعلى الأوَّل لا بأسَ به، وعلى الثاني: إما أن يكون المُختلِطُ مُتميِّزًا أو لا، فعلى الأوَّل لا يأخُذه، ولو أخَذه كان كالضالَّة، وعلى الثاني: الرجلُ الآخِذُ إما أن يكون فقيرًا أو غنيًّا، فعلى الثاني لا يحِلُّ إلا إذا تصدَّق به على فقير ثم اشتَراه منه، وعلى الأوَّل يحِلُّ مطلقًا. ولا يخفى أن هذا المستفادَ خلافُ ما ذكره المُصنِّف، فتأمل.

وذكر أيضا في الكراهية: «له حمامةٌ أُنثى ازدوجت مع حمامة ذكَرٍ للآخر؛

(١) «الفتاوى البزازية»، كتاب جعل الآبق، نوع فيما يتصل به (٦/ ٢٢٤)

فباضت وفرّخت: فالفرخُ لصاحب الأنثى؛ لأن الولد يَتبَع الأُمَّ ملكًا وحُرّيَّةً في بني آدم، فكذا [ملكًا] في الحيوانات، ولهذا كرِه العلماءُ أكلَ الجوازلِ قبل التصدُّق لو كان من الحمام الأهليِّ، لا لو كان من البرِّي؛ لاحتمال أن تكون الجوازلُ ملكًا للغير»[1]، انتهى.

[العاشرة: حكم الشراء من سُوقٍ أكثرُ بياعاته لا تخلو عن الفساد]

(العاشرة) منها: (قال في «القنية» من) كتاب (الكراهية: غلَب على ظنّه أن أكثر بياعاتِ السُّوق لا تخلو عن الفساد، فإن كان الغالبُ هو الحرامَ: يتنزَّه عن شرائه)، أي: شراء ما فيه، (ولكن مع هذا لو اشتراه: يَطِيب له ما اشتراه)؛ إذ لا يلزم من كون الغالبِ الحرامَ أن يكون هذا المُشتَرى حرامًا؛ لجواز أن يكون من الحلال، والأصلُ الحِلُّ، (لكن إذا كان عقدُ المشتري الأخير صحيحًا، انتهى) كلام «القنية».

(وقد قدَّمناه) نقلا (عن «الملتقَط» في) المبحث الثالث من (مباحث قاعدة اعتبارِ العُرف)، حيث قال ثمَّة: «وفي «المُلتقَط» من البيوع: وعن أبي القاسم الصَّفَّار أن الأشياء على ظاهرِ ما جرَتْ به العادةُ، فإن كان الغالبُ الحلالَ في الأسواق لا يجب السؤالُ، وإن كان الغالبُ الحرامَ في وقت، أو كان الرجل يأخُذ من حيث وجَده ولا يتأمَّل في الحرام والحلال: فالسُّؤالُ عنه حسَنٌ»[2]، انتهى.

(ثم قال) في «القنية»: (ولا بأس بشراء جَوْز الدلال الذي يُعِدُّ الجوز، فيأخُذ) بلا صريح الإذن (من كلِّ ألفٍ عشرةً) على أن يكون أُجرةً لعمَله، (وشراءِ لحم السلاخين) الذي يسلُخون جلدَ المذبوح، ويأخُذون قدرًا من لحمه من غير صريح الإذن (إذا كان المالكُ راضيًا بذلك الأخذ عادةً)، وإلا لا يجوز الشراءُ.

---

(١) «الفتاوى البزازية»، كتاب الكراهية، الفصل الرابع في الهدية والميراث (٦/ ٣٦٣).

(٢) «الملتقط»، كتاب البيوع، مطلب: بيع الطين الذي يؤكل (ص ١٩٤).

(ولا يجوز شراءُ بَيض المُقامِرين)، أي: اللاعِبين القِمارَ، (المُكسَّرة)، صفة البيض، (وشراءُ جَوزاتهم إذا عرف أنه)، أي: المُقامِر، (أخذها قمارًا).

[مطلب: مسألة خلط الحلال بالحرام]

(وأما مسألةُ الخلط)، أي: خلطُ مالِ الغير بماله، (فمذكورةٌ بأقسامها في «البزازية» من الوديعة). قال فيها: «الخلط أربعةٌ: ما[1] يُتوصَّل إليه، أي: إلى تمييزه باليُسْر[2]، كالدراهم السُّود بالبِيض والجوز باللَّوز: لا ينقطِع به حقُّ المالك.

الثاني: ما يُتوصَّل إليه بالعُسر، كالشعير بالحنطة، فينقطع[3] به في رواية.

الثالث: خلطُ شيءٍ[4] بخلاف جنسه، كدُهْن بخَلٍّ، فينقطع إجماعًا.

الرابع: بالجنس، كالبُرِّ بالبُرِّ، والخَلِّ بالخَلِّ، فينقطع عند الإمام، وعندهما: له المُشارَكة، وإن بإذنه: فالجواب عند الإمامَ كذلك، ومحمد: له المُشارَكةُ بكلِّ حالٍ، والثاني[5] يجعل المغلوب تبعًا للغالب»[6]، انتهى.

وهكذا في ودائع «الخلاصة»[7].

والحاصل أن خلط ماله بمالِ الغير بلا إذنه على أربع مسائل:

الأُولى: لا ينقطع حقُّ الغير، ولا تكون من المسائل الخارجة عن القاعدة.

---

(١) أي: الأول ما... إلخ.

(٢) في النسخ: (اليسير)، والمثبت من «البزازية».

(٣) أي: الحق.

(٤) كذا في النسخ. وفي «البزازية»: (مزج).

(٥) في هامش (خ): (قوله: والثاني، أي: أبو يوسف).

(٦) «الفتاوى البزازية»، كتاب الودعية، الفصل الأول في حفظها (٦/ ١٩٥ ـ ١٩٦).

(٧) «خلاصة الفتاوى»، كتاب الوديعة، الفصل الأول في حفظ الوديعة (٤/ ٢٨١).

الثانية: ينقطع في رواية، فتكون من المسائل الخارجة على هذه الرواية.

الثالثة: ينقطع إجماعًا، فتكون من الخارجة مطلقا.

الرابعة: ينقطع عند الإمام فتكون من الخارجة عنده، وتثبُت المشاركةُ عندهما، فلا تكون من الخارجة عندهما.

وإن بإذنه: فكذلك الجواب عند الإمام، بلا فرقٍ بين ما يكون بالإذن وما يكون بعدمه، وعند محمد: له المشاركة، فلا تكون من المسائل الخارجة عنده، وعند الثاني: يملكه صاحبُ الغالب، فتكون من المسائل الخارجة عنده.

وهذا الذي ذكرناه بيانُ اختلاط الحرام والحلال في يدِ شخصٍ أو في الأسواق.

(وأما مسألة اختلاط الحلال والحرام في البلد، فإنه يجوز الشراءُ والأخذُ)؛ لعدم إمكان التحرُّز عنه أو لتعسُّره، **(إلا أن تقوم دلالةٌ على أنه)**، أي: المأخوذ، **(من الحرام)**، فحينئذ لا يأخُذه، **(كما في)**، هكذا في نسخة المُصنِّف من غير ذكرِ مدخولِ «في»، فكأنه حرَّرها قبل أن يجد محلَّها، فأبقَى موضعَه بياضًا للإلحاق، ثم لم يَتيسَّر ذلك له، وقد يقال: إنه يفهم من المسألة المُتقدِّمة.

وفي «التمرتاشي»: «لرجل مالٌ حلالٌ، اختلط بمالٍ من الرِّبا، أو الرِّشى، أو الغُلول، أو السُّحت، أو مال الغصب، أو السَّرِقة، أو الخيانة، أو مالِ اليتيم، فصار مالُه كلُّه شبهةً: ليس لأحد أن يُبايِعَه، أو يَستقرِضَ منه، أو يَقبَل هدِيَّته، أو يأكُل في بيته، وكذا إذا منَع زكاته أو صدقاته وعُشْره صار مالُه شبهةً؛ لما فيه من أخذِه من مال الفقير، وينبغي أن ترى الأشياءَ حلالا في أيدي الناس في ظاهر الحكم ما لم يَستبِنْ لك شيءٌ مما وصَفنا»، انتهى[1].

(١) انظر: «غمز العيون» (١/ ٣٤٥).

وفي «الظهيرية»: «دفَع لفقير من المال الحرام شيئًا يرجُو الثوابَ: يكفُر[١]. ولو علم الفقيرُ بذلك، فدَعا له، وأمَّن المُعطِي: كفَرا جميعًا[٢]»، انتهى. وينبغي أن يكون كذلك إذا أمَّن أجنبيٌّ.

وهذه المسألة مُقيَّدةٌ بما إذا كان المُتصدَّقُ به حرامًا لعينه، كما إذا تصدَّق بعين المَكْس، وأما «إذا أخذ من رجل دراهمَ، وخلَطها بماله، ثم تصدَّق به: لا يكفُر؛ لأنه قبل أداء الضمان وإن كان حرامَ التصرُّف، لكنَّه ليس بحرامٍ لعينه»، «بزازية»[٣]، وبما[٤] إذا كان الآخِذُ عالمًا بأنه حرام؛ قال الشيخ عبد البَرّ: «وينبغي أن يُشترط العلمُ في المُؤمِّن أيضًا؛ قال أئمَّتنا: إذا تعذَّر ردُّ المغصوب ونحوه على المالك أو على وارثه: يتصدَّق به ليكون وديعةً عند الله تعالى، ولا يُشكِل بما تقدم أنه إذا تصدَّق به يكفُر؛ لأن ذلك فيما إذا قصَد به الثواب، وهنا ليس كذلك»، انتهى.

[تتمة: إذا جمع بين حلالٍ وحرام في عقد أو نيَّة]

(تتمَّة)، بفتح التاء، لمباحث القاعدة الثانية من النوع الثاني للقواعد.

(يدخُل في هذه القاعدة)، أي: قاعدة «إذا اجتمع الحلالُ والحرام: غُلِّب الحرام».

---

(١) في هامش (خ): (قوله: يكفر. لا يخفى أن المال الحرام سبيله التصدق، أي: يؤمر وجوبا بالتصدق على الفقراء، فإذا تصدق فقد فعل واجبا يثاب على فعله؛ لأن الواجب ما يثاب على فعله ويعاقب على تركه، والكفر شيء عظيم، فكيف يحكم به من غير دليل مُحكَم، فما ذكره الشارح لا يفتى به ولا يعول عليه شرعًا، انتهى).

(٢) في هامش (خ): (قوله: كفرا جميعا، لا وجه له).

(٣) لم أجده.

(٤) معطوف على قوله: (وهذه المسألة مقيدة بما).

قيل عليه: إن الغلبة فيما ذُكر من المسائل للحلال على الحرام، كما ترى، فلا يصح أن تكون الإشارةُ إليها، فالإشارة إلى القاعدة المُستثناة معنًى، فإنه وإن لم يذكُرها بصريح القاعدة إلا أنه ذكرها ضِمنًا؛ لأنه يلزم من الاستثناء حصولُ قاعدة أخرى»[1]، تأمل.

(ما إذا جمع بين حلالٍ وحرام في عقدٍ أو نيَّةٍ، ويدخُل ذلك)، أي: الجمع بينهما في العقد أو النية.

قيل: لم يذكر مثالا للجمع بينهما في النية[2].

وفيه: أنه ذكَره قبل التنبيه فيما لو نوى صومَ جميع الشهر: بطَل فيما عدا اليوم الأوَّل، ولو نوى الصلاة على حيٍّ وميِّتٍ: يصِحُّ على الميِّت دون الحيِّ، فهُما مثالان لما جُمِع في نية.

(في أبواب) شتَّى (من الفقه، منها)، أي: من تلك الأبواب، (النكاحُ)، أي: بابه، (قالوا فيه):

[فرع: جمَع في النكاح بين من تحِلُّ ومن لا تحل]

(لو جمَع بين من تحِلُّ) من النساء (و)بين (مَن لا تحِلُّ) منها، وبيَّن من لا تحِلُّ بقوله: (كـ)امرأةٍ (مُحرَّمة)، أي: حرُم نكاحُها عليه على التأبيد نسَبًا، كأُمِّه وبنتِه، (ومَجوسِيَّةٍ)، أي: عابدةِ النار، (ووَثَنيَّةٍ)، أي: عابدة الوَثَن، وهو الصَّنمُ، (وحَليلةٍ) له، كزوجةِ ابنِه أو ابن ابنه.

وما في بعض النسخ: «خليَّة»، بالخاء المعجمة، أي: الخالية عن الأزواج أو

---

(1) انظر: «غمز العيون» (١/ ٣٤٥).

(2) المصدر السابق، الموضع نفسه.

النكاح، لا معنى له هنا، فقول: مُصحَّف من «مُحلى»، فإن المحلى من نكاح الغير لا يصحُّ نكاحها، ولا معنى له هنا أيضًا، لدخولها في «المُعتدَّة» بعده.

(ومنكوحةٍ) لغيره، (ومُعتدَّةٍ) عن غيره، (ومُحرَّمةٍ) عليه نكاحُها رضاعًا أو صِهريّة، فبهذا التكلُّف اندفع التكرارُ مع ما تقدَّم في المعطوف عليه الأوَّل، وقيل: «مُحرِمة» اسمُ فاعل من الإحرام، وهو خطأ؛ لأنه يجوز نكاحُها وإن لم يحِلَّ وطؤُها.

(صحَّ نكاحُ الحلال منها اتفاقًا، وإنما الخلاف بين الإمام وصاحبَيه رحمه الله تعالى في انقسام المُسمَّى من المهر) على مَهر مثلِهما (وعدمِه)، أي: عدم انقسامه، فقالا: ينقسِم، فما أصاب التي صحَّ نكاحُها يلزمه، وما أصاب الأخرى لا يلزمه، وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى: لا ينقسم، والمُسمَّى كلُّه للّتي صحَّ نكاحها. (وهي)، أي: هذه المسألة، مذكورةٌ (في «الهداية»[1])، بل في أكثر الكتب الفقهية.

[فرع: جمَع بين خمسٍ أو أُختَين أو أمة وحرة في عقد: بطَل في الكل]

(وليس منه)، أي: الجمع بين مَن تحِلُّ ومَن لا تحِلُّ، (ما إذا جمَع بين خمسٍ) من النّسوة في الحرائر، أو جمَع بين ثلاثٍ في العبد، (أو) جمَع بين (أُختَين في عقدٍ واحد، فإنه)، أي: العقد، (يبطُل في الكُلِّ) فيهما؛ (لأن المُحرَّمَ الجمعُ) بينهُنَّ في الأُولى، وبينهما في الثانية، (لا إحداهُنَّ) يقينًا في الأُولى (أو إحداهما) كذلك في الثانية فقط، كما هو كذلك في المسألة الأولى.

(وكذا لو تزوَّج أمَةً وحُرَّة معًا في عقد واحد: بطل النكاحُ فيهما)، بخلاف ما إذا تزوَّج في عقدَين، فإن كان المُقدَّم عقدَ الحُرَّة: بطَل نكاحُ الثانية، وإن كان عقدَ الأمة:

---

(١) انظر: «الهداية» مع «فتح القدير»، كتاب النكاح، فصل في بيان المحرمات (٣/ ٢٥١).

صحَّ فيهما، لكن هذا يخالف ما ذكره في «البحر» نقلًا عن «المحيط» من أنه «لا يجوز نكاحُ الأمة على الحُرَّة ولا معها، ويجوز نكاحُ الحُرَّة[١] على الأمة ومعها»[٢]، انتهى؛ فإنه يقتضي صحةَ نكاح الحُرَّة دون الأمة في الصورة المفروضة، وكذا صرَّح الزيلعي بنفاذ نكاح الحُرَّة؛ لأنه أقوى؛ لوُروده على نكاح الأمة، دون الأمة[٣].

وفي «الخانية»: «الجمع بين الحُرَّة والأمَة في النكاح، إن نكَحهما جملةً واحدة: صحَّ نكاحُ الحُرَّة وبطَل نكاحُ الأمة»[٤]، وكذا في «الخلاصة»[٥] وغيرها.

«فتعيَّن أن ما قاله المُصنِّف هنا سَبْقُ قلم منه[٦]»، كذا في «الحموية»[٧].

[فرع: سمَّى في المهر ما يجوز أن يُجعَل مهرًا وما لا يجوز]

(ومنها)، أي: الأبواب التي دخلت في القاعدة المذكورة، (المهر)، أي: بابه، (فإذا سمَّى) في عقد النكاح (ما يحِلُّ)، أي: يجوز أن يُجعَل مهرًا، (وما يحرُم)، أي: لا يجوز، (كأن يتزوَّجها على عشرة دراهم ودَنٍّ من خمر، فلها العشرةُ، وبطَل الخمرُ)، أي: شرطُه أو ذكره.

---

(١) في هامش (خ): (قوله: ويجوز نكاح الحرة على الأمة، كذا في بعض نسخ «البحر»، وفي بعضها: نكاح المرأة، وفي بعضها: نكاح الأمة، وهو كذلك في «النهر»، انتهى من «حاشية البحر». وعبارة «النهر» نقلا عن «المحيط»: لا يجوز نكاح الأمة على الحرة ولا معها، ويجوز نكاح الأمة على الأمة ومعها، انتهت، وهي الصواب).

(٢) «البحر الرائق»، كتاب النكاح، فصل في المحرمات (٣/ ١١٢).

(٣) انظر: «تبيين الحقائق»، كتاب النكاح، فصل في المحرمات (٢/ ١١٢).

(٤) «فتاوى قاضي خان»، كتاب النكاح، باب في المحرمات (١/ ٣٦٥).

(٥) انظر: «خلاصة الفتاوى»، كتاب النكاح، الفصل الثاني فيما يكون محلا للنكاح (٢/ ٧).

(٦) أو من الناسخ، كما في «الغمز».

(٧) «غمز العيون» (١/ ٣٤٦).

[فرع: الخلع كالمهر]

(ومنها)، أي: تلك الأبواب، (الخُلْع، فإنه كالمهر)، فإذا خالعها على عشرة دراهم ودَنٍّ من خمر: صحَّ الخلع بالدراهم، وبطل الخمر.

(ففيها)، أي: هذه الأبواب الثلاثة، وفي بعض النُّسَخ: بضمير التثنية، أي: النكاح والمهر، والخلع داخلٌ في المهر لاتِّحاد الحكم، فجعَلهما واحدًا، (غلَب الحلالُ الحرامَ)، فلا يفسُد العقدُ به؛ (لما أن اشتراطه)، أي: الحرام في هذه الثلاثة، (بمنزلة الشرط الفاسد، وهما)، أي: النكاح والمهر والخلع، وأرجع الضمير مُثنًّى لاتِّحاد حكم المهر والخلع، (لا يَبطُلان به)، أي: بالشرط الفاسد.

«وقضِيَّتُه أن كل ما يبطُل بالشرط الفاسد يغلب فيه الحرامُ الحلالَ، ويَنتقِض ذلك بالإجارة، فإنها تبطُل بالشرط الفاسد، مع أنه يغلب فيها الحلالُ الحرامَ»، انتهى، «سيِّد»[1].

[فرع: زوج الولي الصغير بأكثر من مهر المثل]

(وأما إذا زوَّج الوليُّ) الابنَ (الصغيرَ بأكثرَ من مهر المثل)، أي: بالغَبْن الفاحش، وأما اليسير فيجوز اتفاقًا، والفاحش: هو ما لا يُتغابَن فيه، كأن يُزوِّجَه بألفٍ، ومهرُ مثلها خمسُمائة، فإن النصف منه لكونه مهرَ المثل مُبيح، والنصف الآخر لكونه زائدًا عليه مُحرِّم.

(فإن كان الوليُّ المُزوِّجُ أبًا أو جدًّا صحَّ) العقدُ (عليه)، أي: على أكثر من مهر المثل، وليس له خيارُ الفسخ بالبلوغ؛ لأن الحكم يُدار على دليل النظر،

---

(١) «غمز العيون» (١/ ٣٤٧).

وهو قُربُ القَرابـة، مع أن فـي النـكاح مقاصِدَ تَربُـو على خِسَّـة[1] المهر.

هذا إذا لم يكن الأبُ سَكرانَ، أو معروفًا بسُوء الاختيار مَجانةً وفِسقًا، وإلا فالعقدُ باطلٌ عنده، كما لو زوَّجها من فقير أو مُحترفٍ حِرفة دَنِيَّة.

وقالا: لا يجوز العقد بالغبن الفاحش؛ لأن الولاية مُقيَّدةٌ بالنظر، فتَفُوت عند فَوَاته، فيبطُل العقد.

(وإلا)، أي: وإن لم يكن المُزوِّج أبًا أو جَدًّا، (فسَد النكاح، وقيل: يصِحُّ بمهر المثل)، يعني: أن بعضهم حمل عدمَ جوازِ تزويج غيرِ الأب والجدِّ الصغيرَ بأكثرَ من مهر المثل على عدم جواز الزيادة على مهر المثل، لا على عدم جواز العقد، كما حمل البعضُ عدمَ الجواز عندهما في تزويج الأب والجدِّ على عدم جواز الزيادة، وصحةِ النكاح بمهر المثل.

وفي هذا الحمل نظرٌ؛ فإنه صرَّح في «التلويح» في مباحث العوارض المُكتَسبة: «لو زوَّجها غيرُ الأب والجد من غير كُفْءٍ، أو بغَبْن فاحشٍ: لم يصِحَّ النكاحُ أصلا، وإنما صرَّحتُ بذلك لأنه قد اشتهر في بعض البلاد نقلا عن المصنف أنه يصح النكاح في هذه الصورة، لكن يكون لها الفسخُ، وهكذا أورَده في «شرحه» لـ«الوقاية»، ولا يوجد له روايةٌ أصلا»[2]، انتهى.

ولكـن نقل عـن «الجواهر» و«الجوامع» جـواز ذلـك، وإن كان الصحيحُ عدمَ الجواز.

---

(١) في (ع): (خفة).

(٢) «التلويح على التوضيح»، القسم الثاني في الحكم، باب المحكوم عليه، العوارض المكتسبة، الجهل (٢/ ٣٦٧-٣٦٨).

وإذا بلغ الصغيرُ والصغيرة، وقد زوَّجهما الأبُ والجدُّ: ليس لهما خيارُ البلوغ، وفي غيرهما لهما الخيارُ عند أبي حنيفة، وقال أبو يوسف: لا خيار فيهما.

[فرع: جمَع في البيع بين حلالٍ وحرام صفقةً واحدة]

(ومنها)، أي: تلك الأبواب، (البيعُ، فإذا جمَع) في البيع (بين حلالٍ وحرام صفقةً واحدةً)، أي: في عقد واحد، (فإن كان الحرامُ ليس بمالٍ أصلا، كالجمع بين الذَّكيَّة والمَيتة، وكذا بين الحُرّ والعبد: فإنه يَسري البطلانُ إلى الحلال)، أي: الذَّكية والعبد مُطلقًا عند الإمام، وعندهما: هذا إن لم يُبيِّن ثمنَ كلٍّ منهما، وإن بيَّن يصِحُّ الحلالُ ويبطُل في الحرام؛ لأن الصفقة مُتعدِّدة، فلا يسري الفسادُ إلى الحلال؛ لأن الفساد بقدر المُفسِد، والفساد يختصُّ بالحُرّ والمَيتة، والصفقة تعدَّدت ببيان ثمنِ كلٍّ.

وله: أن الحُرَّ والميتة لا يدخلان تحت العقد أصلا، لعدم كونهما مالا، والبيع صفقةٌ واحدة؛ بدليل أن المشتري لا يملك العقدَ في أحدهما دون الآخر، فكان قبولُ العقد فيما لا يصح شرطًا لصحَّته فيما يصح، فيكون شرطًا فاسدًا، فيفسُد البيعُ في الكل، والصفقة لا تتعدَّد ببيان الثمن في كلٍّ، بل لا بد لتعدُّد الصفقة من تكرُّر لفظِ[1] البيع أو الشراء، كما بُيِّن في محلِّه.

(وكذا إذا جمَع بين خَلٍّ وخمر)، فيسري البطلانُ إلى الخلِّ.

وقوله: (وإن كان الحرامُ ضعيفًا)، عطفٌ على قوله: «وإن كان الحرامُ ليس بمالٍ»، (كأن يكون مالا في الجملة، كما إذا جمَع بين المُدبَّر والقِنِّ، أو) بين القِنِّ و(المُكاتَب، أو) بينه وبين (أُمِّ الولد، أو) بين عبده (وعبدِ الغير، فإنه لا يسري الفسادُ) في الكل (إلى القِنِّ)، بل هو في المُدبَّر والمُكاتَب وأُمِّ الولد وعبدِ الغير، ويصح في

---

(١) في (ع): (من ذلك ولفظ البيع).

القِنّ، لكن يُخيَّر المشتري، (لضَعْفه)، أي: الحرام، وهو بيعُ المُدبَّر والمُكاتَب وأمّ الولد وعبد الغير؛ إذ كلٌّ منهما مالٌ في الجملة، فلذا يدخُل في البيع، ثم يَنتقض في كل منها، فلا يلزم فيه الشرطُ الفاسدُ، ولا البيع بالحصَّة ابتداءً، وإنما يلزم بقاءً، وذا غيرُ مُفسِد.

[فرع: جمَع في البيع بين وَقْف ومِلك]

(**واختُلف**) في سِراية الفساد إلى الحلال (**فيما إذا جمع بين وقفٍ وملكٍ، والأصحُّ أنه لا يسري الفسادُ إلى الملك؛ لأن الوقف مالٌ**)، «ولهذا يُنتفَع به انتفاعَ الأموال، غير أنه لا يُباع لأجل تعلُّق حقٍّ به، وذلك لا يوجب فسادَ العقد فيما ضُمَّ إليه من الأموال الخالية عن تعلُّقِ حقٍّ بها، كالمُدبَّر ونحوه»، «زيلعي»[1].

(**نعم؛ إذا كان الوقفُ مسجدًا عامِرًا فهو كالحُرِّ**)، يسري الفسادُ إلى ما ضُمَّ إليه، (**بخلاف المسجد الغامر، بالغين المُعجَمة**)، وبيَّن معناه بقوله: (**أي: الخراب، فإنه كالمُدبَّر**)، لا يسري الفسادُ إلى ما ضُمَّ إليه؛ لأنه مُجتهَدٌ فيه.

وفي «الخلاصة»: «رجلٌ اشترى قريةً، ولم يَستثنِ منها المسجدَ والمَقبرة: فسَد البيع، هذا إن كان المسجدُ معمورًا، وإن خربَ ما حوله، واستغنى الناسُ عنه: لا يفسُد العقدُ في الباقي»[2]، انتهى.

وأفتى العلامة أبو السعود، وأحمد عصامُ الدين، المشهورُ بطاش كبرى، شيخ الإسلام، وأحمد المشهور بقاضي زاده، وغيرُهم من علماء قُسطُنْطِينيَّة بفسادِ بيع

---

(١) «تبيين الحقائق»، كتاب البيوع، باب البيع الفاسد، قبيل فصل: قبض المشتري المبيع فاسدا (٤/ ٦١).

(٢) «خلاصة الفتاوى»، كتاب البيوع، الفصل الثالث فيما يجوز بيعه، الجنس الأول في المتعلقة (٣/ ٢٦).

ملكٍ ضُمَّ إلى وقفٍ مُسجَّل، كما لا يصح لو ضُمَّ إلى مسجد، وعملوا في ذلك رسائل، ثم رجع منهم عن هذه الفتوى قاضي زاده.

وكثيرٌ منهم فرَّق بين المُسجَّل وغيره.

وردَّ عليهم المُصنِّف في «شرح الكنز»، حيث قال: «اعلم أنه وقعت حادثةٌ في قُسطنطينية، هي: جمَع بين مِلكٍ ووقفٍ، وباعَهما صفقةً واحدة، فأفتى مُفتيها أبو السعود بعدم صحة البيع في الملك كالوقف، فاعترُض عليه بأنه مُخالفٌ للأصحِّ، فإن الأصحَّ جوازُ البيع في الملك، فأجاب بأنه محمولٌ على وقفٍ لم يُحكَم بصحته ولزومه، فيكون كالمُدبَّر مُجتهَدًا فيه، أما ما قضى القاضي به فهو كالحُرِّ؛ للُزومه بالقضاء إجماعًا، فيَسري الفسادُ إلى ذلك الملك، كما لو ضُمَّ إلى الحُرِّ، ولكن يَرِد عليه ما صرَّح به قاضي خان في «فتاواه» أن الوقف بعد القضاء تُسمَع دعوى الملك فيه، وليس هو كالحُرِّ؛ بدليل أنه لو ضُمَّ إلى ملك لا يفسُد البيعُ في الملك، وهكذا في «الظهيرية»، وهذا لا يمكن تأويلُه، فوجَب الرُّجوعُ إلى الحقِّ، وهو إطلاقُ الوقف؛ لأنه بعد القضاء وإن صار لازمًا بالإجماع، لكنَّه يَقبَل البيعَ بعد[1] لزوم الوقف، إما بشرط الاستبدال، وهو صحيحٌ على قول أبي يوسف المُفتَى به، أو لضَعف غلَّته، كما هو قولُهما، أو لوُرود غَصْب عليه ولا يمكن انتزاعُه، فللناظر بيعُه، كما في «فتاوى قاضي خان»، أو بقضاء قاضٍ حنبليٍّ ببيعِه، فإن عنده يجوز بيعُ الوقف، ويَشتري بدله[2] ما هو خيرٌ منه، كما في «معراج الدراية». فكيف يُجعَل الوقف كالحُرِّ مع وجود هذه الأسباب المُجوِّزة لبَيعه؛ وهو المُوفِّق للصواب»[3]، انتهى.

---

(١) في (خ): (بعدم).

(٢) في «البحر الرائق»: (ببدله).

(٣) «البحر الرائق»، كتاب البيع، باب البيع الفاسد (٦/ ٩٨ـ٩٩).

وهذا الخلاف مَبنيٌّ على خلافٍ آخر، وهو أن القضاء بالوقفية هل يكون قضاءً على الكافَّة أو لا يكون؟ فقال شمس الأئمة الحلَواني والقاضي السُّغدي بالأول، حتى لو ادعى المُتولِّي أرضًا في يدِ إنسانٍ أنها وقفٌ على جهة كذا، وأثبت الوقفيةَ بالبيِّنة، فقضى بها القاضي على ذي اليدِ، ثم ادعى رجلٌ آخَرُ هذه الأرضَ لنفسه: لا تُسمَع دعواه، وألحقاه بالقضاء بحُرِّيَّة الأصل. واختار أبو الليث وقاضي خان الثاني، حتى لو ادعاه رجلٌ لنفسه بعد القضاء بالوقفية تُسمَع دعواه، وهو مختارُ الصدر الشهيد، وألحقُوه بِالقضاء بالملك، لا بحُرِّيَّة الأصل.

وفي «الفوائد الفقهية» لابن الغرس: «والصحيح المُفتى به أنه لا يكون قضاءً على الكافَّة، وتُسمَع فيه دعوى الملك ودعوى وقفٍ آخر»، انتهى.

وفي الملك يقتصر على المَقضِيِّ عليه، وعلى مَن يَتلقَّى الملكَ منه، ولا يتعدَّى إلى الغير، فكذا في الوقف.

[فرع: بيعٌ شُرط فيه الخيارُ أكثرَ من ثلاثة أيام]

(ومن هذا القَبيل)، أي: ما اجتمَع فيه المُحرِّم والمُبيح وغلب المُحرِّم، (ما)، أي: البيع الذي، (شُرط فيه الخيارُ أكثرَ من ثلاثة)، ثم بيَّن كونَه من هذا القبيل (فإنه)، أي: شرطُ الخيار، (يصِحُّ في الثلاثة، ويبطُل فيما زادَ عليها)، حتى كان لكلٍّ منهما فسخُه، سواء كان الخيار له أو لا، وعندهما: يجوز إن بيَّن مُدَّةً أيَّ مدةٍ كانت، طالت أو قصُرت، والصحيح قولُه، كما في «القهستاني»[1] وغيره.

ولما أفاد ظاهرُ كلامه أنه لو شُرط أكثرُ من ثلاثة كان الشرطُ صحيحًا في الثلاثة وباطلا فيما زاد عليها، وهو خلافُ المذهب: أضرَب عنه بقوله: (بل يبطُل في

(١) انظر: «جامع الرموز»، كتاب البيع، فصل: صح خيار الشرط (٢/ ١٣).

الكلِّ)، أي: كل الأيام، (لكن إذا أسقَط الزائدَ قبل دُخوله)، أي: قبل تمام الثلاث، (انقلَب) الشرط (صحيحًا).

لكن في كون هذا من هذا القبيل فيه خَفاءٌ؛ لأن العقد انعقد فاسدًا ابتداءً، ثم بإسقاط المُفسِد انقلب صحيحًا كما ذكره، فلا جَمْعَ فيه بين الحلال والحرام، بل فيه الحرام فقط، اللهم إلا أن تُبنَى المسألةُ على مذهب أهل خُراسان من أن العقد لم ينعقد ابتداءً فاسدًا، بل موقوفًا على زوال المُفسد، ثم زال المُفسِد قبل دخوله: غلَبه الحلال، أعني: صحة العقد، تأمل.

(ومنه)، أي: من هذا القبيل، (ما إذا جمَع بين مجهولٍ) للمشتري (ومعلوم) له، فإن الفساد إنما يَلزَم من جَهْل المشتري، لا البائع، كما في «البزازية»[(١)]، (في البيع، فإن كان المجهولُ لا يُفضِي إلى المُنازَعة) بين البائع والمشتري، بأن كانت جهالتُه يسيرةً، كما إذا باع هذا الغلامَ وما في هذا البيت صفقةً واحدة، ولم يعلم المشتري ما في البيت: يصِحُّ البيعُ فيهما، و(لا يضُرُّ) ما فيه من الجهل، (وإلا) يكن كذلك، بل كانت جهالتُه مُفضِيةً إليها، كما إذا باع هذا الغلامَ وما في هذه الدار، (فسَد) البيعُ (في الكل)، أي: كل من المعلوم والمجهول، (كما عُلم) في كتاب البيوع.

وصوَّره في «البحر» بما إذا كان له على رجل عشرةُ دراهم، فقال له: بِعْنِي هذا الثوبَ ببعضِ العشَرة، وبِعْنِي الآخَرَ بما بقِي، فباعَه وقبِله المشتري: صحَّ؛ لعدم إفضاء الجهالة إلى المنازعة، ولو قال: هذا ببعض العشرة، [وهذا ببعضٍ][(٢)]: لا يجوز؛ لإفضائه إلى النزاع»[(٣)].

---

(١) انظر: «الفتاوى البزازية»، كتاب البيوع، الفصل الثالث فيا يجوز بيعه وما لا يجوز (٤/ ٣٧٢). قال فيها: «وجهل البائع بالمبيع لا يمنع، وجهل المشتري يمنع».

(٢) ما بين المعقوفتين مستدرك من «البحر الرائق».

(٣) «البحر الرائق»، كتاب البيع، باب البيع بالتعاطى (٥/ ٢٩٧).

وفي كون هذا من قبيل ما نحن فيه، فيه خَفاءٌ، بل الأَولى في التصوير: لو جمَع بين مجهول ومعلوم، فباعهما بثمن معلوم، فإن كانت الجهالةُ بحيث تُفضي إلى النزاع: ففاسدٌ، وإلا فيجوز بحصَّتِه من الثمن، ففي الأوَّل غلب الحرامُ الحلالَ، وفي الثاني بالعكس، تأمل.

[مسائل مُتفرِّقة]

وههنا مسائلُ ينبغي أن يُشار إليها:

«اشترى جاريةً بألف، فباعها وأُخرى معها بألف من البائع قبل نقدِ الثمن: جاز البيعُ في التي لم يَشتَرِها من البائع ويفسُد في الأخرى؛ لأنه مُجتهَدٌ فيه، فيكون الفسادُ فيه ضعيفًا، فلا يَشِيع»، «زيلعي»[1].

«ولو اشترى مملوكًا، فباعه مع مملوكٍ له قبل أن يقبض ما اشترى: جاز البيعُ في الذي عنده عند أصحابنا الثلاثة»، «خلاصة»[2].

«ولو اشترى عشر بيضاتٍ، فوجد إحداها مَذِرَة لا قيمة لها، أو عشرَ بِطِّيخات، وإحداها فاسدةٌ لا قيمة لها: فسد البيعُ في الكل؛ لأنه اشترى مالًا وغيرَ مالٍ، بخلاف التُّراب في الحُبوب؛ لأنه لا يُضاف العقدُ إليه. وجَوْزَةٌ في عشر جَوزاتٍ مُفسِدٌ، بخلافها في مائة»، «حاوي».

[الإجارة تبطُل بالشُّروط الفاسدة، كالبيع]

(ومنها)، أي: تلك الأبواب، (الإجارة، وهي)، أي: الإجارة، (كالبيع؛ لاشتراكهما في أنهما يبطُلان بالشرط الفاسد)، فكما يفسُد البيعُ في الكلِّ فيما لو جمَع بين حلالٍ

---

(١) «تبيين الحقائق»، كتاب البيوع، باب البيع الفاسد (٤/ ٥٥).

(٢) «خلاصة الفتاوى»، كتاب البيوع، الفصل الثالث فيما يجوز بيعه، الجنس الأول في المتعلقة (٣/ ٢٧).

وحرام للزوم كونِ قبولِ البيع فيما ليس مَحلًا للبيع شرطًا في بيع الآخر، كذلك تفسد الإجارة في الكل فيما لو جمع بين ما يصِحُّ استئجارُه وما لا يصح، كما لو استأجر عبدًا للخدمة وجاريةً للغناء في صفقة واحدة.

قال بعضهم: ولم أظفَر بالتصريح به في الإجارة.

وهل تصح الإجارةُ بشرط الخيار ثلاثةَ أيام، وتفسُد بالزائد عليها؟ نعم؛ اتجوز في الثلاث، وفي الأكثر على الخلاف»، «بزازية»[1].

وهل تنقلِب صحيحةً بإسقاط الزائد قبل دخوله، كما في البيع؟ والقياس أن ينقلِب صحيحًا، كما في البيع.

وهل تنقلب صحيحةً بإسقاط الشرط المُفسِد غيرِ شرط الزائد على الثلاث؟ الذي في «فتاوى شيخ الإسلام» أنها لا تنقلب.

وهل يسري الفسادُ إلى الصحيح؟ والذي ينبغي أن لا يسري، كما في البيع.

[فرع: استأجر دارًا كل شهر بكذا، صحَّ في الشهر الأوَّل فقط]

(وصرَّحُوا أنه لو استأجَر دارًا كل شهر بكذا، فإنه يصِحُّ في الشهر الأوَّل فقط)، «إلا أن يُسمِّيَ الكُلَّ؛ لأن كلمة «كل» إذا دخَلت على مجهول، وأفرادُه معلومةٌ: انصرَف إلى الواحد لكونه معلومًا، وفسد في الباقي للجهالة، كما إذا باع صُبْرةً من طعام، كل قفيز بدرهم، فإنه يجوز في قفيز واحد، فكذا هذا»، كذا في «الزيلعي»[2].

ففي كلٍّ من المسألتَين في البابَين لم يَسْرِ الفسادُ إلى الجميع للجهالة.

---

(١) «الفتاوى البزازية»، كتاب الإجارات، الفصل الثاني في صفتها، نوع آخر في الضياع والحانوت والمستغلات (٥/ ٢٧).

(٢) «تبيين الحقائق»، كتاب الإجارة، باب الإجارة الفاسدة (٥/ ١٢٢).

(ولم أرَ الآن حكمَ ما إذا استأجر نسَّاجًا ليَنسِجَ ثوبًا) من غزل المُستأجِر، (طُولُه كذا) ذراعًا (وعَرضُه كذا، فخالف النسَّاجُ بزيادةٍ أو نقصان، هل يَستحِقُّ بقدره)، أي: بقدر ما زاد على المسمى، (أو لا يَستحِقُّ أصلا؟) وهل يَحُطُّ بقدر ما نقَص شيءٌ منه أو لا؟

قال في «الخانية»: «رجل دفَع غزلا إلى حائكٍ لينسِجه ثمانيًا في أربع، فعمِله أكبر من ذلك أو أصغر: كان لصاحب الغزل الخيارُ، إن شاء ضمَّنه مثل غزلِه، وإن شاء أخذ الثوبَ وأعطاه الأجرَ المُسمَّى، ولا يزيد على الأجر في الزيادة، وفي النقصان أعطاه من الأجر بحساب ما نقَص أو أجر المثل[1]، ولا يُجاوز المُسمَّى.

وكذا إن أمَر أن يَجِيءَ به ثخينًا، فجاء برقيقٍ، أو بالعكس؛ لأنه في الزيادة مُتبرِّعٌ، وفي النقصان نقصُ العمل.

وإن أمَره أن ينسج ثمانيًا في ثمانٍ، فنسَج سِتًّا في ثمانٍ، إن شاء ترك الثوبَ عليه، وضمَّنه غَزْلَه، وإن شاء أخَذ وأعطاه بحساب ثلاثةَ أرباع الأجر الذي سمَّاه، كما لو أمَر لبَّانًا ليَضرب له لَبِنًا، فضرب البعضَ وفات وقتُ الباقي: يجب الأجرُ بحساب ما عمل.

ومن المشايخ من فرَّق بين الثوب وبين اللَّبِن، فقال في اللَّبِن: يجب له حصَّةُ ما عمل من الأجر الذي سمَّاه، وفي الثوب له أجرُ مثل عمله، ولا يُزاد على ثلاثة أرباع ما سمَّى»[2]، انتهى.

وفي «الخلاصة» و«البزازية»: «إذا دفَع إلى حائكٍ مَنوَين من غَزْلٍ، وأمَره أن

---

(١) قوله: (أو أجر المثل)، ليس في «البزازية».

(٢) «فتاوى قاضي خان»، كتاب الإجارات، فصل في الخياط والنساج (٢/ ٣٤٢_٣٤٣).

ينسج له ثوبًا سبعًا في أربع، فنسَج له ثلاثًا في أربع: إن شاء ضمَّنه مثلَ غزلِه، والثوبُ للحائك، وإن شاء أخذ الثوبَ وأعطاه الأجر. وقال شمس الأئمة السرخسي: عندي أنه يُعطَي مثلُ أجره، لا يُزاد على ثلاثة أرباع المُسمَّى[1]»[2]، انتهى.

فيُفهم من هذا في مسألة المُصنِّف أن يكون لصاحب الغزل الخيارُ، إن شاء ضمَّنه مثلَ غزله، وكان الثوب للنسَّاج، وإن شاء أخذ الثوبَ، ثم في الزيادة يكون النسَّاجُ مُتبرِّعًا، له الأجر المسمى فقط، وفي النقصان أعطاه من الأجر بحساب ما نقَص أو أجر المثل، لكن لا يُزاد على حساب ما سمَّى، والله أعلم.

[فرع: فسادُ الشرط في الكفالة والإبراء لا يتعدَّى إلى الجائز منهما]

(ومنها)، أي: تلك الأبواب، (الكفالة والإبراء). أما الكفالة فظاهرٌ؛ لأنها قد تكون بما تصِحُّ به الكفالة وبما لا تصح به معًا، كما إذا كفَل بدَينٍ وأمانةٍ معًا، وكذا الإبراء قد يكون عمَّا يصِحُّ إبراؤُه وعما لا يصح، كما إذا أبرَأ عن دَين وعَين معًا.

(وينبغي أن لا يتعدَّى) فسادُ الشرط فيهما (إلى الجائز).

أما في الإبراء، فلأنه ليس من العقود المُشتمِلة على الإيجاب والقبول، حتى يكون الجمعُ بينهما بمنزلة جَعْل الفاسد شرطًا لقبول الآخر، فيفسُد في الجائز أيضًا.

وأما في الكفالة، فلأنها وإن كانت من العقود عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى، إلا أنها ليست مما يبطُل بالشروط الفاسدة، كما صرَّح به، فيكون كل منهما مما يغلب فيه الحلالُ الحرام.

---

(١) زاد في «البزازية»: «وفي رواية: أجر المثل، لا يجاوز ما سمى».

(٢) «خلاصة الفتاوى»، كتاب الإجارات، الفصل الخامس في الاستصناع والاستئجار على العمل (٣/ ١٢٦)، و«الفتاوى البزازية»، كتاب الإجارات، الفصل الخامس في الاستصناع والاستئجار على العمل (٥/ ٧١).

قيل: «هذا ظاهرُ في الكفالة. أما في الإبراء، فلا؛ لأنه مما يبطُل بالشرط الفاسد، فينبغي أن يتعدَّى إلى الجائز»[١]، انتهى، أي: فينبغي أن يتعدَّى الشرطُ إلى الإبراء، فيغلب الحرامُ الحلالَ.

قلت[٢]: هذا في الإبراء عن الدَّين. وأما الإبراءُ عن الكفالة، فالصحيحُ المختار أن الإبراء عن الكفالة مما يصح تعليقُه بالشرط، ولا يبطُل بالشرط الفاسد، مثل الكفالة، فيكون كلٌّ منهما مما غلب فيه الحلالُ الحرامَ.

وأقول: جوازُ تعليق الكفالة لما نحن فيه ليس من هذه الحيثية، كما ظنَّه ذلك القائل، بل ما ظهر من قوله:

[فرع: قال لها: ضمِنتُ لكِ نفقتَكِ على زوجكِ كلَّ شهر]

(وقالوا: لو قال لها: ضمِنتُ لك نفقتَكِ) على زوجكِ (كلَّ شهر، فإنه يصح في شهرٍ واحدٍ) فقط عند الإمام ومحمد؛ لأن الظاهر أن هذا بيانٌ لما قبله.

والمراد بالشهر: هو الشهر المُستقبل المُقرَّر له النفقةُ، فإنه لو كفَل بالنفقة الماضية يصِحُّ مطلقا، بخلاف النفقة المُستقبلة المُقرَّرة بالشهر، فإنها لا تصح الكفالةُ بها إلا في شهر واحد. وكذا لو قالت المرأة: أبرأتُكَ عن نفقةِ كلِّ شهر، يصِحُّ في شهرٍ فقط، انتهى.

وما ذكره من الفرع هو قول أبي حنيفة محمد؛ «لأنه أُضيف إلى ما لا يُعلَم غايتُه، فصار كإجارةِ الدار كلَّ شهر»، كما في نفقاتِ «البزازية»[٣]. ففسادُه فيما وراء الشهر للجهالة.

---

(١) «غمز العيون» (١/ ٣٤٩).

(٢) أي: الأزميري في «شرحه» على «الأشباه»، كما ذكره الدكتور شهاب في تحقيقه.

(٣) «الفتاوى البزازية»، كتاب النكاح، الفصل التاسع عشر في النفقات (٤/ ١٦٣). ولم يذكر البزازي محمدا مع أبي حنيفة.

والظاهر أنه قصد بهذا النقل تأييدَ قوله: «ينبغي... إلخ»، حيث لم يَتعدَّ الفسادُ في هذه الكفالة إلى الكل. وقد تقدم عدمُ سراية الفساد في الإجارة والبيع، مع كونهما يَبطُلان بالشرط الفاسد، ويَسري الفسادُ فيهما إلى الجائز، فتأمل.

[فرع: لا يتعدَّى فسادُ الهبة إلى الجائز منها]

(ومنها)، أي: تلكَ الأبواب، (الهبة، وهي لا تبطُل بالشرط الفاسد)؛ لأن الشروط الفاسدة من باب الربا، وهي تختصُّ بالمُعاوَضات المالية دون غيرها من المُعاوضات والتبرُّعات، (فلا يَتعدَّى) الفسادُ (إلى الجائز)؛ لعدم تأثير الشرط الفاسد فيها، فلو وهَبَ وسلَّم لمسلم دَنَّي خَمْرٍ وخَلٍّ معًا: صحَّ في الخَلِّ.

[فرع: زادَ على العادة في الإهداء إلى القاضي]

(ومنها)، أي: تلك الأبواب، (الإهداء. قالوا: لو أهدَى إلى القاضي مَن له عادةٌ) الإهداء إليه (قبل تقليد القضاء)، وأما مَن لا عادة له فلا يجوز الإهداءُ إليه مطلقًا، (وزاد) على العادة: ففي هذه الصُّورة المُعتادُ حلالٌ وما زاد حرامٌ، ولكن لم يُؤثِّر الحرامُ في الحلال، فلذا قال: (يَرُدُّ القاضي الزائدَ) على المعتاد، لا الكُلَّ، كما في «الفتح»[1].

(فلم يتعدَّ) الفسادُ (إلى الجائز)؛ إذ لو تعدَّى إليه لوجب ردُّ الكل.

(فظاهرُ كلامه) أن مراده «وزاد» (أنه زاد في القدر).

(وأما إذا زاد في المعنى، كأن كانت)، أي: كما في أن كانت، ولو قال: بأن كانت، لكان أوضحَ، (عادتُه إهداءَ ثوبِ كتَّان، فأهدى ثوبًا حريرًا) قيمتُه أزيدُ من الكتَّان: (لم أرَه)، أي: لم أرَ فيه، (الآن) نقلًا لأصحابنا، (ولكن ينبغي وجوبُ ردِّ

---

(١) «فتح القدير»، كتاب أدب القاضي (٧/ ٢٧١).

الكُلِّ، لا) وجوب (ردِّ مقدار ما زاد في قيمته؛ لعدم تميُّزِها)، أي: لعدم إمكان تميُّز نفس الزيادة وتفريقها، (عن) المعتاد (الجائز).

ويُتأمَّل فيما إذا كانت عادتُه إهداءَ ثوبٍ من كتَّان قيمتُه درهم، فأهدى إليه ثوبًا يُساوي درهمَين، قيل: يَتبادَر إلى الفهم أنها كالثوب الكتَّان مع الحرير.

قيل: ولا يَبعُد أن يقال: يُنظَر إلى قيمة الثوبَين، فإذا زادت قيمةُ الحرير على الكتَّان وجب ردُّ القدر الزائد.

[فرع: أوصى لأجنبيٍّ ووارثٍ، أو أجنبيٍّ وقاتلٍ]

(ومنها)، أي: تلك الأبواب، (الوصية. فلو أوصى لأجنبيٍّ ووارثٍ: فللأجنبيِّ نصفُها، وبطَلَت) الوصيةُ (للوارث، كما في «الكنز»[1])؛ لأنه أوصَى بما يَملك وما لا يملك، فبطَل في الآخر.

وهذا بخلاف ما لو أوصى لحيٍّ وميِّت، فإن الكلَّ للحيِّ بلا تنصيف؛ لأن الميِّت ليس بأهل للوصية، فلا يصلُح مُزاحِمًا، بخلاف الوارث، فإنه من أهل الوصية ومَحلِّها، إلا أن المانع منَعها، فيكون مُزاحِمًا للأجنبيِّ، فيبطُل في حقِّ الوارث وتتنصَّف بينهما.

(وكذا) الحكم (لو أوصَى للقاتل والأجنبيِّ): فالنصفُ للأجنبيِّ، ولا شيء للقاتل لما قلنا، فلم يَتعدَّ الفساد إلى الجائز.

[فرع: أقرَّ المريضُ لوارثه وللأجنبيِّ]

(ومنها)، أي: تلك الأبواب، (الإقرار. قال الزيلعي فيها)، أي: الوصية، (لو أقرَّ المريضُ) مرضَ الموت (بعينٍ أو دَينٍ لوارثه وللأجنبيِّ)، كأن يقول: هذه العين لزيدٍ

(١) انظر: «كنز الدقائق»، كتاب الوصايا، باب الوصية بثلث المال (ص ٦٧٢).

وعمرو، أو لهما عليَّ كذا درهما، وزيدٌ وارثُه دون عمرو: (لم يصِحَّ الإقرارُ في حق الأجنبي (أيضًا)، كما لا يصح في حق الوارث، (انتهى) كلام الزيلعي[1].

والفرق أن «الوصية إنشاءُ تصرُّف، فهو تمليكٌ مُبتدَأ لهما، والشركة تَثبُت حكمًا للتمليك، فتصِحُّ في حق مَن يستحِقُّه دون الآخر؛ لأن بطلان التمليك لأحدهما لا يوجب بطلان التمليك للآخر. وأما الإقرار، فهو إخبارٌ عن كائنٍ، وقد أخبر بوصف الشركة في الماضي، ولا وجه لإثباته بدون هذا الوصف؛ لأنه خلافُ ما أقرّ به، ولا إلى إثبات هذا الوصف؛ لأنه يصير الوارثُ فيه شريكًا[2]»، كما في «الزيلعي»[3].

وهذا الذي ذكر حكمُ الإقرار لهما عند تصادُقهما. وأما حكمه عند عدم تصادُقهما، فهو ما أشار إليه بقوله:

(وفي «المجمع» من) كتاب (الإقرار: لو أقرَّ) مريضٌ بألفٍ (لوارثٍ مع أجنبيٍّ، فتكاذَبا في الشركة)، أي: أنكَر كلٌّ منهما شركة الآخر، بأن قالا: هذا الدَّينُ المُقَرُّ به لم يكن مُشترَكًا بيننا، بل كان نصفُه وجب بسببٍ على حِدَةٍ، ونصفُه للأجنبيِّ بسبب على حِدَة، (صحَّحه)، أي: جعَل محمد رحمه الله تعالى إقرارَه صحيحًا، (في) حصة (الأجنبيِّ)، خلافًا لهما، (انتهى) كلامُ «المجمع»[4].

«له: أن شركة الوارث للأجنبيِّ كان مانعًا من صحة إقراره؛ لتضمُّنه الإقرارَ للوارث، فلما ارتفع المانعُ بالتكذيب: يكون نصفُ ما أقرَّ به للأجنبيِّ، كما لو أوصى لأجنبيٍّ مع وارثه، وردَّه الوارث: ينفُذ في حقِّ الأجنبيِّ.

---

(١) «تبيين الحقائق»، كتاب الوصايا، باب الوصية بثلث المال (٦/ ١٩٢).

(٢) لأنه لو قبض الأجنبي شيئا كان للوارث أن يشاركه فيه.

(٣) «تبيين الحقائق»، كتاب الوصايا، باب الوصية بثلث المال (٦/ ١٩٢).

(٤) «مجمع البحرين»، كتاب الإقرار، فصل في إقرار المريض (ص ٣٦٨).

ولهما: أن الإقرار إخبارٌ، فتنفيذُه على وجه الشركة غيرُ جائز، وعلى وجه عدم الشركة أيضًا؛ لأنه تنفيذٌ لما لم يُقِرَّ به، فلا يصح، بخلاف الوصية؛ لأنه إنشاءُ تصرُّف»، كذا في «شرح المجمع»[(١)].

وقال فيه: «قيَّد بالتكذيب؛ لأنه لو تصادَق المُقَرُّ لهما: بطَل الإقرار في الكل اتفاقا. وأما إذا كذَّب الوارثُ المُقِرَّ في الشركة، وصدَّق الأجنبيَّ، قيل: هو على الخلاف أيضًا، لكن **الصحيح** أن يقال: يجوز الإقرارُ اتفاقا»، انتهى.

[فرع: جمَع في الشهادة بين مَن تجوز شهادتُه له ومن لا تجوز]

(ومنها)، أي: تلك الأبواب، (**باب الشهادة. فلو جمع فيها بين مَن تجوز شهادتُه له ومَن لا تجوز**) شهادتُه: **لا تجوز الشهادةُ لواحدٍ منهما**، كما يشير إليه قوله: (**ففي «الظهيرية» منها**)، أي: من كتاب الشهادة، (**رجلٌ مات، وأوصى لفُقراء جيرانِه بشيءٍ، وأنكَر الورثةُ وصيَّتَه**) بذلك، (**فشهِد**) على تلك (**الوصية رجلان غَنيَّان**) من جيرانه (**لهما**)، أي: لذَينكَ الرجلَين، صفةٌ بعد صفة لـ«رجلان» (**أولادٌ محاوِيجُ**) فقراءُ، جمعُ مُحتاج، (**قال محمد رحمه الله تعالى: لا تقبل شهادتُهما**) أصلا[(٢)]، وقيَّده في «الخلاصة» بقبولها لغير الابن، وأما له فتُقبَل[(٣)]؛ (**لأنهما شهِدا**

---

(١) انظر: «شرح مجمع البحرين»، كتاب الإقرار (٥/ ٢٤١ـ ٢٤٢).

(٢) في هامش (خ): (قوله: أصلا، أي: لا للابن، ولا لغيره. وقيد في «الخلاصة» عدم القبول للابن، وتقبل للباقين، انتهى، «بيري». وعبارته أطلق عدم القبول، وقيده في «الخلاصة»، حيث قال: «قال محمد: لا يقبل للابن، ويقبل للباقين)، انتهى بحروفه. وبه يعلم خلل هذه النسخة وغيرها من نسخ «الشرح»، فتحتاج إلى إصلاحٍ).

(٣) «خلاصة الفتاوى»، كتاب الشهادات، الفصل الثاني في الشهادات، جنس آخر في الشهادة على فعل نفسه (٤/ ٧١). قال فيها: «ولو شهدوا أنه أوصى لفقراء جيرانه، وللشهود أولاد محتاجون في جوار الموصي، قال محمد: لا يقبل للابن، ويقبل للباقين».

لأولادهما فيما يخُصُّ أولادَهما) من ذلك الشيء المُوصَى به، (فبطَلت شهادتُهما في ذلك)، أي: فيما يخُصُّ أولادَهما، (فإذا بطلت) الشهادةُ (في حقِّ الأولاد: بطَلت أصلا) في حقِّ الأولاد وغيرهم؛ (لأن الشهادة واحدةٌ)، فلا تَتجزّأ إلى الصحيحة والفاسدة، (كما لو شهِدا على رجل أنه قذَف أُمَّهما وفلانة: فلا تُقبَل شهادتُهما) في حقِّ واحدةٍ منهما.

[مطلب: حكم شهادة الموصوف بوصفٍ يَقبل الزوالَ أو لا يَقبله]

(وذكر محمدٌ في وقف «الأصل»: إذا وقف على فقراء جيرانِه، فشهد بذلك فقيران من جيرانه: جازَتْ شهادتُهما)؛ لاحتمال زوال الجوار، وكذا أهلُ الثُّغور، وأهلُ المسجد، وأهل السجن، وكل ما يقبل الزوال.

وكذا لو وقف على مدرسةٍ، وشهِد أهلُها: تُقبل شهادتُهم. والمشايخ فصَّلوا في شهادة أهل المدرسة بين ما إذا كانوا يأخذون من وظائف ذلك الوقف، فلا تقبل شهادتُهم، وإن كانوا لا يأخذون منه تقبل، وكذا قالوا في أهل المحلَّة.

وكذا الوقفُ على مكتب، وللشاهد صبيٌّ في المكتب: لا تقبل.

وقيل في هذه المسائل كلِّها: تقبل، وهو الصحيح؛ لأن كون الفقيه في المدرسة والرجل في المحلَّة ليس بلازم، بل ينتقل، وشهادةُ أهل المسجد تُقبل؛ لأنهم لا يَجُرُّون لأنفسهم بهذه الشهادة شيئًا، كذا في «العمادية».

وأما فيما لا يزول، كما «لو شهد اثنان أنه جعل أرضَه [وقفًا][1] عليهما، أو على ولد أحدهما، أو على نسائهما، أو نساءِ أحدهما، أو على أهل بيته، أو على

---

(١) ما بين المعقوفتين مستدرك من «الإسعاف».

أنسابه وهما من أنسابه أو أحدهما، أو على نَسْله وهما من نسله أو أحدُهما: لا تجوز الشهادة»، كما في «الإسعاف»[(١)].

لكن ينبغي أن تكون مسألةُ الزوجة مما تحتمل الزوال، تأمل.

(**قال الفقيه أبو الليث: ما ذكَر محمدٌ في الوقف**)، أي: وقف «الأصل»، من جواز شهادة فقيرَين من جيرانه فيما إذا وقف عليهم، (**قولُ أبي يوسف رحمه الله تعالى. وأما على قياس قول محمد، فينبغي أن لا تُقبَل في الوقف أيضًا**)، كما لم تقبل في الوصية؛ (**لأن عند أبي يوسف: يجوز أن تبطُل الشهادةُ في البعض، وتبقى في البعض**).

ومن ذلك ما سيذكُره المصنف في القاعدة السادسة: ثلاثةٌ قتَلوا رجلا عمدًا، ثم شهِدوا بعد التوبة أن المولى عفا عنَّا، قال الحسن: لا تقبل شهادتُهم إلا أن يقول اثنان منهم: عفا عنا وعن هذا الواحد، وعلى هذا الوجه قال أبو يوسف: تقبل في حقِّ الواحد، انتهى.

(**وعلى قول محمد لا تُقبل أصلا. ويحتمل أن ما ذكره محمدٌ في الوقف محمولٌ على ما إذا كانوا قليلا يُحصَون، انتهى**) كلامُ الفقيه أبي الليث.

هكذا في عامَّة النسخ، وهو سَهْوٌ، والصواب أن يقال: «ويحتمل أن ما ذكره في الوقف محمولٌ على ما إذا كان جيرانُه كثيرًا لا يُحصَون، وما ذكر في الوصية محمولٌ على ما إذا كانوا قليلا يُحصَون»، على وَفْق ما ذكره في «الخانية»[(٢)].

---

(١) انظر: «الإسعاف في أحكام الأوقاف»، باب الشهادة على إقرار الواقف، فصل في الشهادة بالوقف يجره لنفسه أو لوليه (ص ٨٨ ـ ٨٩).

(٢) «فتاوى قاضي خان»، كتاب الشهادات، فصل فيمن لا تقبل شهادته للتهمة (٢/ ٤٦٨).

وإنما سوَّغوا هذا الاحتمال؛ «لأن محمدًا رحمه الله تعالى ذكر في «الزيادات»: «لو أن سَرِيَّةً رجَعت إلى دار الإسلام بأسارى، فقالت الأسارى: نحن من أهل الإسلام أو من أهل الذمة، أخذونا هؤلاء في دار الإسلام، وقالت السَّرِيَّة: هم من أهل الحرب، أخذناهم في دار الحرب: كان القولُ قولَ الأسارى؛ لأن ثبوت اليد عليهم لم يُعرف إلا في دار الإسلام، ودارُ الإسلام دارُ عِصْمة، فكلُّ مَن كان فيها يكون معصومًا ظاهرًا، فإن أقامت السَّرِيَّة بيِّنةً على دعواهم أن الشهود من التُّجَّار: جازت شهادتُهم، وإن كانوا من السَّرِيَّة: لا تقبل. ولو كان هذه المسألة على هذا الوجه في الجيش، فشهِد بعضُ الجيش بذلك: جازت شهادتُهم؛ لأن السَّرِيَّة قومٌ يُحصَون، فكانت شهادةُ البعض شهادةً على حقِّ نفسه، وأما الجيش فهو جمعٌ عظيم، فلا يُعتبَر حقُّهم مانعًا من الشهادة»، كذا في «الخانية»[1].

فدلَّ هذا المنقول على أن المشهود لهم إن كانوا قومًا يُحصَون: لا تجوز شهادةُ بعضِهم فيما كان لهم، وإن كانوا كثيرًا بحيث لا يدخُلون تحت الحصر: تجوز شهادةُ بعضِهم فيه؛ لأن حقَّ مَن شهد فيه لغاية قلَّته لا يكون مانعًا من قبول شهادتِهم.

[الشهادة متى رُدَّ بعضُها رُدَّ كلُّها]

(وفي «القنية»: أخٌ وأختٌ، ادَّعيَا أرضًا) في يدِ آخَر، (وشهِد زوجُها)، أي: الأختُ، (ورجلٌ آخَرُ) على تلك الدعوى: (تُرَدُّ شهادتُهما في حقِّ الأُختِ، و)كذا في حق (الأخ؛ فإن الشهادة متى رُدَّ بعضُها رُدَّ كلُّها)، فهذه الشهادة لمَّا رُدَّت في حق الأخت لعدم جواز شهادةِ الزوج لها، وعدمِ بقاء نصابِ الشهادة بدون الزوج: رُدَّت في حقِّ الأخ أيضًا؛ لعدم التجزي.

---

(١) «فتاوى قاضي خان»، كتاب الشهادات، فصل فيمن لا تقبل شهادته للتهمة (٢/ ٤٦٨). وانظر: «شرح الزيادات»، كتاب السير، باب ما يصدق فيه الأسير (٦/ ٢٠١٦).

وقيل: هذا بناء على قول محمد أن الشهادة لا تَقبَل التجزّي. وأما على قول أبي يوسف، فلا.

وهذا إذا كانت علّةُ الردِّ القرابةَ بين الشاهد والمشهود له، وأما إذا كانت علّةُ الردِّ محضَ فِسقِ الشاهد، فلا تُرَدُّ شهادةُ الآخَر إذا كان عدلا.

(وفي «روضة الفقهاء»: إذا شهِد لمن لا تجوز له الشهادةُ)، كالزوج لزوجته في الصورة المتقدمة، (ولغيره)، كالأخ بالنسبة إلى الزوجة فيها، فإن الشهادة لأخ زوجته جائزةٌ، (لا تجوز لمن لا تجوز له الشهادةُ بالاتفاق. واختُلف في حقِّ الآخَر، فقيل: تبطُل)، فالحكم بكونها مردودةً في حقِّ الأخ أيضًا مبنيٌّ على هذا القول. (وقيل: لا تبطُل)، كما تقدَّم نقلُه عن أبي يوسف رحمه الله تعالى، (انتهى) كلام «القنية».

(وكتَبنا في «شرح الكنز» أن شهادة العَدُوِّ لا تُقبَل إذا كانت العَداوةُ لأجل الدُّنيا، سواء كانت) الشهادة (على عدُوِّه أو على غيره؛ بناءً على أنها)، أي: العداوة لأجل الدنيا، (فِسقٌ).

فيه إشارةٌ إلى دفع ما قيل: إن كلام المُصنِّف فيه شيءٌ؛ لأن عَدُوَّ شخصٍ لا تقبل شهادتُه على ذلك الشخص ولا على غيره، ولا معنى له؛ لأن شهادة عَدُوِّ زيدٍ على عمرو مقبولةٌ، فلعل في العبارة سقطًا، انتهى.

ووجه الدفع: أن علّة الردِّ هو الفسقُ، لا العداوة.

(وهو)، أي: الفسق[1]، (لا يتجزَّأ[2])، أي: لا ينقسِم إلى العدل وغيره، حتى يكون عدلا في حقِّ غيره، فاسقًا في حقِّ عدُوِّه.

---

(١) في (خ) هنا زيادة: (لا العداوة من حيث هو).

(٢) انظر: «البحر الرائق»، كتاب الشهادات، باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل (٧/ ٨٦).

ومقصودُه: أنه لا يقبل الاتصافَ بالفسق مع العدالة؛ لأنهما صفتان مُتنافيتان.

وقوله: «بناءً على أنها فسقٌ»، يُشير بذلك إلى أن علَّةَ ردِّ شهادة العدُوِّ على عدُوِّه هل هي الفسقُ أو تُهمة التقوُّل؟ فإن كانت هي الفسقَ فكما قال، وإن كانت الثاني فلا، كما نقل عن ابن الكمال من أن «شهادة العَدُوِّ لعدُوِّه جائزةٌ»، كما في «البحر»[1]، ولو كانت الفسقَ لمَا قُبِلت، لا له، ولا عليه.

لكن قال في «القنية»: «قال «ط»: لا تجوز شهادةُ رجل على رجل بينهما عداوةٌ في شيء من أمور الدنيا، وإذا كانت بسبب شيءٍ من أمور الدِّين تُقبل. قال أستاذُنا: وجواب «عك» يشير إلى أن نفس العداوة بسبب الدنيا لا تمنع قبولَ الشهادة، ما لم يفسُق بسببها، أو يَجلِب[2] منفعةً، أو يدفع [بها] عن نفسه مَضرَّةً، وهو الصحيح، وعليه الاعتماد. وما في «الواقعات» و«ط»[3] اختيارُ المُتأخِّرين. وأما الرواية المنصوصة، فبخلافِها. وذكر أن شهادة العَدُوِّ على عدُوِّه لا تقبل عند الشافعي، وعندنا: تقبل؛ لأن العداوة إن كانت قادِحةً في حقِّ الشهادة وجب أن تكون قادحةً في حقِّ الكل، كالفسق، وإلا فتُقبل. وهكذا أطلق في «خزانة الفقه»، وكذا نقل في «شرح السنن». قال أستاذنا: تقبل إذا كان عدلا، وهو الصحيح، وعليه الاعتماد، وإن كانت العداوةُ بسبب أمر الدنيا»، انتهى كلام «القنية».

وهكذا ذكره المصنِّف في «البحر»[4]، ثم قال: «ولكن الحديث شاهدٌ لما عليه المُتأخِّرون، واختار ابنُ وهبان ما ذكره في «القنية»[5].

---

(١) «البحر الرائق»، كتاب الشهادات، باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل (٧/ ٨٦).

(٢) في النسخ هنا زيادة قوله: (بتلك). وليس مذكورا في «البحر الرائق».

(٣) كذا في النسخ. وفي «البحر الرائق»: (وغيرها).

(٤) في نقل الشارح شيء من التصرف. انظر: «البحر الرائق» (٧/ ٨٥ ـ ٨٦).

(٥) «البحر الرائق»، كتاب الشهادات، باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل (٧/ ٨٦).

[اختلافُ الشاهدَين مانعٌ من قبول الشهادة]

(ومن هذا القبيل)، أي: مما اجتمع فيه ما يجوز وما لا يجوز؛ لأنه اجتمع فيه من يُقبل ومن لا يقبل، ورُجِّح فيه من لا يُقبَل على من يقبل، (اختلافُ الشاهدَين) في الشهادة (هو مانعٌ من قبولها)، أي: الشهادة، (لأن أحدهما طابَق الدعوى، والآخَرُ خالَفها).

وهذا التعليل إنما يَتِمُّ أن لو استلزَم اختلافُ الشاهدَين مُخالفةَ إحدى الشهادتَين الدعوى، وذلك ممنوعٌ[1]؛ فإن المُدَّعِي لو ادَّعى الشَّتْمَ مطلقًا، وشهد أحدُهما بأنه قال له: فاسقٌ، والآخَر بأنه قال له: فاجر، لا تُقبَل، كما في «الحاوي»، مع أنه لا مُخالفة للدعوى في واحدةٍ منهما.

وكذا[2] لو أقام[3] شاهدَين على الصُّلح، فألجأهما القاضي إلى بيان التاريخ، فقال أحدهما: أظُنُّ أنه كان منذ سَنَة، وقال الآخر: أظنُّ أنه منذ ثلاث سنين أو أزيد: لا تقبل لمَا اختلفا من الاختلاف الفاحش، كما في «الحاوي» أيضًا، مع عدم المخالفة للدعوى، بل المفهوم من «الهداية» وغيرها أن العلة لعدم القبول عند اختلاف الشاهدَين عدمُ نصاب الشهادة في كلٍّ من الشهادتَين[4]، وعند مخالفة الشهادة الدعوى عدمُ تحقُّق الدعوى، مع كونه شرطًا لقبول الشهادة الغير الحِسبِيَّة.

(وكتَبنا في فنِّ الفوائد) من هذا الكتاب (المُستثنَى من ذلك)، أي: من كون اختلاف الشاهدَين مانعًا من القبول. قال ثمَّة بعد ما ذكَر ستَّ مسائلَ تفصيلا: وذكرتُ

---

(١) في (خ): (مسلم).

(٢) في (خ): (لذا).

(٣) أي: المدعي.

(٤) انظر: «الهداية» مع «فتح القدير»، كتاب الشهادات، باب الاختلاف في الشهادة (٧/ ٤٣٧).

في «الشرح» ستَّ عشرة مسألةً أخرى، فالمستثنى ثلاثٌ وعشرون[١]. ثم رأيت في «الخصَّاف» من باب الشهادة بالوكالة مسائلَ تُزادُ عليها، فلتُراجَعْ، وقد ذكرتُ في «الشرح» أن المُستثنَى اثنتان وأربعون»[٢]، انتهى.

[فرع: القضاء إذا امتنع للبعض امتنَع للباقين]

(ومنها)، أي: الأبواب المذكورة، (القضاء)، أي: بابه، فإنه قد يَجتمِع فيه من يجوز ومن لا يجوز، كما لو ادَّعى ابنُ القاضي ورجالٌ أُخَر عينًا لهم على آخر، وأقاموا البيِّنَةَ، فقضى لهم جميعًا: فإنه يمتنع القضاءُ للابن، (فإذا امتنع القضاءُ للبعض: امتنَع للباقين، كما في شهادات «البزازية»[٣])، فحيث امتنع لهم غلَّب مَن لا يجوز على من يجوز، ففيه أغلبيَّةُ الحرام الحلالَ، تأمل.

[فرع: لو نوى صومَ جميع الشهر بطَل صومُه فيما عدا اليوم الأوَّل]

(ومنها)، أي: الأبواب المذكورة، (باب العبادات، فلو) جمع في الصوم بين ما تصِحُّ نيتُه، كاليوم الأول من الشهر، وبين ما لا تصِحُّ نيتُه، كالأيام الباقية، و(نوى) بعد الغروب (صومَ جميع الشهر: بطَل صومُه) بتلك النية (فيما عدا اليوم الأوَّل)؛ لأن النية شرطٌ لكلِّ يومٍ عندنا، وهذا مما غلَب فيه ما يصِحُّ على ما لا يصح. وابتداء النية في صوم كلِّ يوم بعد غروب الشمس، ففيما عدا اليوم الأول لم تُوجَد النيةُ المُعتبَرة، فلا يصح صومُه، حتى لو لم يُجدِّدْ النيةَ بعد اليوم الأول، ولم يَتناوَلْ شيئًا من المُفطِّرات: لم يكن صائمًا.

---

(١) في هامش (خ): (قوله: ثلاث وعشرون، صوابه: اثنان وعشرون، انتهى).

(٢) انظر: «الأشباه والنظائر» مع «غمز العيون» (٢/ ٣٢٢).

(٣) لم أجده.

[مسائلُ ليست من قَبيل ما جمع فيه بين ما يصِحُّ وما لا يصِحُّ]

(وليس منه)، أي: من قَبيل ما ذُكر، (إذا عجَّل زكاةَ سنتَين، فإنه إن كان) التعجيلُ (بعد مِلك النصاب: فهو صحيحٌ فيهما)، أي: السَّنتَين، عندنا، (وإلا)، أي: وإن لم يكُنْ التعجيلُ بعد مِلك النصاب، (فلا) يكون صحيحًا فيهما، فلم يكن من قَبيل ما جمع فيه بين ما يصِحُّ وما لا يصح.

(وليس منه أيضًا ما إذا نوى حَجَّتَين، وأحرم بهما معًا، فإنا نقول بدُخوله فيهما، ولكن اختلفوا في وقت رَفْضِه لأحدهما، كما عُلم في باب إضافة الإحرام إلى الإحرام). قال أبو حنيفة: إذا توجَّه إلى أداء أحدهما[1]: صار رافِضًا للأُخرى، وقال أبو يوسف: كما فرغ من الإحرامَين صار رافضًا، وقد تقدَّم ما يتعلَّق بهذه المسألة في المبحث السادس من مباحث النية.

(وليس منه ما إذا نوى التيمُّمَ لفرضَين؛ لأنا نقول: يجوز له)، أي: للمُتيمِّم، (أن يُصلِّي بالتيمُّم الواحد ما شاء من الفرائض والنوافل)، فليس فيه جمعٌ بين ما يجوز وما لا يجوز حتى يكونَ من هذا القبيل. نعم؛ هو منه عند محمد.

[فرع: صلَّى على حيٍّ وميِّت]

(ومنها)، أي: تلك الأبواب، (ما إذا صلَّى) صلاةَ الجنازة (على حيٍّ وميِّتٍ)، كما إذا حضرت جنازتان، فإذا إحداهما حيٌّ، (ينبغي أن تصِحَّ الصلاةُ على الميِّت)؛ إذ ليس فيه ما يُوجِب فسادَ الصلاة عليه.

[فرع: استنجَى للبول بحجَرٍ، ثم أمنى: لم يطهُر بالفَرْك]

(ومنها)، أي: تلك الأبواب، (ما إذا استنجَى للبول بحجَر) بعدما انتشر البولُ

---

(١) كذا في النسخ، ولعل الأولى: (إحداهما).

على رأس الذَّكَر، (ثم نام فاحتلَم فأمنَى، فأصاب المَنيُّ ثوبَه)، فإنه قد اجتمع ما يطهُر بالفَرْك وما لا يطهُر به، فغلب ما لا يطهر به، كما قال: (لم يطهُر المنيُّ بالفَرْك).

قال بعض شُرَّاح «الهداية»: هكذا روى الحسنُ عن أصحابنا.

قال الفقيه أحمد بن إبراهيم: وعندي أن المنيَّ إذا خرج من رأس الإحليل على سبيل الدَّفْق، ولم ينتشِر على رأسه، أنه يطهُر بالفرك؛ لأن البول الذي داخلَ الإحليلِ غيرُ معتبَر، ومرورُ المنيِّ عليه غيرُ مُؤثِّر. فأما إذا انتشر المنيُّ على رأس الإحليل، لا يكفي الفركُ؛ لأن المني في هذه الصورة صار نجسًا بنجاسة البول، ونجاستُه لا تزول بالفرك؛ (لأن البولَ) المُختلِط (لا يطهُر به)، أي: بالفرك، (فلا يطهُر المنيُّ) الذي خالَط البولَ، (كما صرَّحُوا به. ولهذا)، أي: لأجل أن اختلاط ما يطهُر بالفرك يُوجِب عدمَ طهارة المنيِّ أيضًا بالفرك، (قال شمسُ الأئمَّة السرخسيُّ: مسألة) فَرْكِ (المني)، أي: طهارة المنيِّ بالفرك، ولو كان رأسُ الذكَر طاهرًا، بأن بالَ، ولم يَتجاوَزْ البولُ عن رأس الذَّكَر، أو تجاوَز واستنجى بالماء، (مُشكِلةٌ؛ لأن كلَّ فَحْلٍ يُمذِي أوَّلا) قبل الإمناء، فيَختلِطُ به المنيُّ، (والمَذِيُّ لا يطهُر بالفرك، فكذا) ما خالَطه، وهو (المنيُّ). لكن هذه الكُلِّية غيرُ ثابتةٍ عند الكل، ولذا قال في «الخلاصة»: «لكن هذا» - يعني: كونَه طاهرًا بالفرك - «إذا لم يخرُج المذيُّ قبل خُروج المنيِّ»[1]، انتهى.

وقد يقال: إن المذي إذا لم يُجاوِزْ ثُقْبَ الإحليل، حتى لم يصِرْ الإحليلُ نجسًا بالمذيِّ، ثم أمنى: يكفي فيه الفركُ، كما قلنا في البول، ولكن ليس هذا بمراد، بل المراد إذا تجاوَزَ المَخرجَ، كما في البول، انتهى.

---

(١) «خلاصة الفتاوى»، كتاب الطهارة، الفصل السادس في غسل الثوب والدهن، جنس في التطهير بغير الماء (١/ ٤٢).

(اللَّهم إلا أن يُجعَل) المذيُّ (تبعًا للمنيِّ)، فيطهُر بالفَرْك تبعًا له، (انتهى) كلامُ السرخسي.

(وقد يقال)، حيث جعل المذيُّ تبعًا للمنيِّ، واجتمَع ما يطهُر بالفَرك وما لا يطهر به، نغلب ما يطهُر على عكس ما تقدَّم: (يُمكِن جَعْلُ البول الباقي بعد الاستنجاء تبعًا للمنيِّ أيضًا)، كما يُجعَل المذيُّ تبعًا له، فيطهُر بالفرك.

وحاصلُ هذا الاعتراضُ على قول السرخسي: «اللهم إلا أن يجعل... إلخ»، بأنه إذا غلب ما يطهُر بالفرك على ما لا يطهر به، فلا فرق بين مسألتَي المذيِّ والبول، وهو خلافُ المُصرَّح به في المتون، كما أشار إليه فيما تقدَّم.

(وجوابُه)، أي: ما اعتُرِض به على السرخسي بقوله: «وقد يقال... إلخ»، بإبداء الفرق بين البول والمذيِّ، وهو (أن التبَعيَّة إنما هي فيما هو لازمٌ له)، أي: للمنيِّ، (وهو)، أي: اللازم، (المذيُّ)، فيكون تبعًا، (بخلاف البول)، فإنه غيرُ لازم للمنيِّ، فلا يكون تبعًا.

(ولم أرَ من نبَّه عليه)، أي: على هذا الجواب.

وبُحث فيه بأنه إن أراد أن مطلقَ البول غيرُ لازم للمنيِّ فمُسلَّم، وليس الكلام فيه، وإن أراد أنَّ البولَ الباقي بعد الاستنجاء بالحجَر غيرُ لازم، فممنوع[1]؛ لأن هذا البول لازمٌ للمنيِّ النازل؛ إذ يصدُق أن يقال: كلُّ مَن بالَ واستنجَى بالحجر، فنام فأمنَى: لا بد أن يَختلِط منيُّه بما بقِي من البول بعد الاستنجاء بالحجر، انتهى.

وهذا هو ظاهر كلام المُصنِّف. وعلى ما قاله أحمد بن إبراهيم، على ما نقلناه من بعض شُرَّاح «الهداية» من أن المنيَّ إذا خرج على وجه الدَّفْق، ولم ينتشِرْ على

---

(١) في (ح): (فمسلم).

رأس الذَّكَر: لا يختلِط بالبول، فيطهُر بالفرك، فلا لزومَ أيضًا في البول الباقي بعد الاستنجاء، والله أعلم.

[فرع: طلَّق زوجتَه وغيرَها، أو أعتق عبدَه وعبدَ غيره]

(ومنها)، أي: تلك الأبواب، (بابا الطلاقِ والعتاق. فلو طلَّق زوجتَه وغيرَها)، يعني: الأجنبيَّة، (وأعتق عبدَه وعبدَ غيرِه، أو طلَّقها)، أي: زوجتَه الواحدة، (أربعًا معًا، فإنه جمَع بين ما يَملِكُه وما لا يَملِكُه في المحلِّ أو الفعل: فتصرُّفه (نفَذ فيما يَملِكُه) من طلاق زوجتِه وعتق عبدِه وإيقاع الثلاث، وفيما لا يملكه يَلغُو.

[فرع: استعارَ شيئًا ليَرهنَه على قَدْر مُعيَّن]

(ومنها)، أي: الأبواب، (الرَّهن، فلو استعار شيئًا ليَرهَنه على قَدْرٍ مُعيَّن) من الدَّين، (فرَهنَه بأزيدَ) من ذلك القدر، فقد جمَع فيه بين ما يجوز وما لا يجوز، وحكمُه ما أشار إليه بقوله: (قال في «الكنز»: ولو عيَّن المُعير قدرًا)، أي: قدر ما يَرهَنُه به، (أو جِنسًا)، أي: جنس ما يَرهنُه به، (أو بلدًا) يَرهنُه فيها، (فخالَف المُستعيرُ) في شيء من ذلك، فإن لم يَهلِك الرهنُ: كان للمُعير أن يَستَرِدَّه من المُرتهن، وإن هلَك: كان بالخيار، إن شاء (ضمَّن المُعيرُ المُستعيرَ) قيمتَه إن كان قيميًّا، أو مثلَه إن كان مثليًّا، (أو) ضمَّن (المُرتهنَ[1])؛ لأن كلَّ واحد منهما مُتعدٍّ في حقِّه، فصار الراهنُ كالغاصب، والمُرتهن كغاصب الغاصب؛ لأن التقييد بالقدر مُقيَّدٌ بنفي الزيادة؛ إذ غرضُه الاحتباسُ بما تيسَّر أداؤُه، وبنفي النقصانَ أيضًا؛ لأن غرضه أن يصير مُستوفيًا للأكثر بمُقابلته[2] عند الهلاك ليَرجع عليه بالكثير، والنقصان يمنعه من ذلك، فيكون

---

(١) «كنز الدقائق»، كتاب الرهن، باب التصرف في الرهن والجناية عليه (ص ٦٣١).

(٢) في (ع): (لمقابلته).

مُتعدِّيًا، وكذا التقييد بالجنس والبلد مُفيدٌ لتيسُّر بعض الأجناس في التحصيل دون البعض، وتفاوُت البلدان في الحفظ والأمانة، فيَضمَن بالمخالفة.

ولا يخفى أن لزوم الضمان في الكل، وجوازَ الاسترداد من المرتهن: يدل على سِراية الفساد إلى الكل.

(واستثنى الشارحُ) لـ«الكنز» الزيلعيُّ من لزوم الضمان في المخالفة (ما إذا عيَّن له أكثرَ من قيمته، فرَهنه بأقلَّ من ذلك القدر)، ولكن كان الرهنُ (بمثل قيمتِه أو أكثرَ) من قيمته: (فإنه لا يضمن؛ لكونه)، أي: هذا الخلاف، خلافًا (إلى خيرٍ) من التعيين بأكثر من القيمة؛ لأن غرضه من الرجوع عليه بالكثير حاصلٌ بذلك مع تيسُّر أدائه؛ لأنه لا يرجع عليه إلا بالقيمة؛ إذ الاستيفاء لا يصِحُّ إلا به، فتعيينُه أكثرَ من قيمته لا يفيد في حقِّه، بل هو ضررٌ لتعسُّر أدائه، (انتهى) كلامُ الزيلعي[1].

ووجهُ تعلُّقِه بالقاعدة: أن المُعير لما عيَّن له أكثر من قيمته جمَع فيه بين ما يصح تعينُه وما لا يصح، أعني: الأكثر، حتى سقط به التعدِّي والضمانُ على المستعير.

[فرع: شرَط الواقفُ أن لا يُؤجَّر وقفُه أكثرَ من سنة، فزاد الناظرُ عليها]

(ومنها)، أي: الأبواب، (الوقف، فإنه لو شرَط الواقفُ أن لا يُؤجَّر وقفُه أكثرَ من سنةٍ) واحدةٍ، (فزاد الناظرُ عليها)، أي: السَّنة، بأن آجَره بأكثرَ منها، فقد جمَع فيه بين ما يصح وما لا يصح، (وظاهر كلامِهم)، أي: الفقهاء، (الفسادُ)، أي: فساد الإجارة، (في جميع المُدَّة، لا فيما زاد على المشروط)، يعني: السَّنَة فقط.

قال أخوه صاحبُ «النهر»: «ظاهر كلامه أنه لم يَطَّلِعْ على نقلٍ في المسألة، وقد وقَفنا على النقل؛ قال في «خزانة الأكمل»: استأجَر حُجْرةً موقوفةً ثلاثين سَنةً

---

(١) «تبيين الحقائق»، كتاب الرهن، باب التصرف في الرهن والجناية عليه (٦/ ٨٩).

بقفيزِ حنطةٍ، فهي باطلةٌ إلا في السَّنة الأُولى[١]، ومثلُه في «تلخيص الكبرى» مع زيادةِ عَزْوِه إلى أبي جعفر»[٢]، انتهى.

واستظهر هذا العلامة الطرسوسي في «أنفع الوسائل»[٣].

وهذا إذا لم يُعلَم شرطُ الواقف، وإلا فيُتَّبَع، كما سيجيء.

(**لأنها**)، أي: الإجارة، (**كالبيع في أنه لا يَقبل تفريقَ الصَّفْقة. وصرَّح به**)، أي: بعدم قبول الإجارة تفريقَ الصفقة، (**في «فتاوى قارئ الهداية»**).

قال فيها: «سُئل عن رجل وقَف عقاراتٍ ودُورًا، فأُوجِرت عشرين سنةً، هل يصح في هذه المُدَّة، أو يصح في ثلاث سنين وتبطُل في الباقي؟ فأجاب: إن أجارة الوقف أكثر من ثلاث سنين إن أرضًا، أو أكثر من سنة إن دارًا: لا تجوز، وتُفسَخ إذا لم يشترط الواقف. وأما إذا شرط شرطًا يُتبع، ولا يزاد عليه إلا لضرورةٍ لا بد منها، و(**العقد إذا فسَد في بعضه: فسَد في جميعه**)، فيُفسَخ العقدُ في جميع المُدَّة»[٤]، انتهى.

قال صاحب «النهر»: «وهذا هو المُوافق لكلامهم، وبه صرَّح قاضي خان، واستظهر الطرسوسيُّ الفسادَ فيما زاد»[٥]، انتهى.

وقد تقدَّم أن باب الإجارة مما يجتمع فيه ما يجوز وما لا يجوز، فيَسري الفسادُ إلى الكل؛ لكونها كالبيع يبطُلان بالشرط الفاسد، وإن لم يكن الحكمُ في الجزئيات

---

(١) انظر: «خزانة الأكمل»، كتاب الإجارة، من الفتاوى، (٣/ ١٤٧).

(٢) لم أجده في «النهر الفائق».

(٣) انظر: «أنفع الوسائل»، المسألة الرابعة من المتفرقات (ص ٣٨٨).

(٤) «فتاوى قارئ الهداية» (ص ١١٧).

(٥) لم أجده في «النهر الفائق».

سراية الفساد بمُجرَّد هذا القدر؛ لأن في البيع لا يَسري الفسادُ مطلقا، بل إذا كان الحرام قويًا، كما تقدم.

[تنبيه: اجتماعُ جانب الحضر وجانب السفر في عبادة]

(تنبيه: وليس من) فروع (القاعدة المذكورة ما إذا اجتمع في عملٍ)، أي: عبادةٍ، لا في زمان واحد، (جانبُ الحضَر)، أي: الإقامة، (وجانبُ السفَر)، وعلَّل النفيَ بقوله: (فإنَّا لا نُغلِّب) جانبَ الحضر على جانب السفر؛ إذ لو كان من فروع القاعدة لغلَّبنا المُحرِّمَ على المُبيح، (ومُقتضاها)، أي: القاعدة، (تغليبُه)، أي: الحضر، وذلك (لأنَّه)، أي: الشأن، (قد اجتمَع) فيما فرَضنا (المُبيحُ) للرُّخَص، وهو السفرُ، (والمُحرِّمُ) لها، وهو الحضر، فكان ينبغي تغليبُ جانب الحضر، إلا أنَّا لم نقُل بتغليبه؛ (لأن أصحابنا قالوا) في المسح على الخُفَّين: (لو ابتدَأه)، أي: المسحَ، (مقيمٌ، فسافَر قبل إتمامِ يومٍ وليلة) بعد ما أحدَث[1]: (انقلَبت مُدَّتُه إلى مُدَّة المُسافِر، فيَمسَح ثلاثًا)، أي: ثلاثة أيام بلياليها من وقت الحدث.

وهذا إشارةٌ إلى محلِّ النِّزاع بيننا وبين الشافعي، فإنه لا يخلُو: إما أن يسافر قبل انتقاضِ الطهارة التي لبِس عليها الخُفَّين، أو بعدها قبل استكمالِ مُدَّة المقيم، أو بعد ما استكمل مُدَّةَ المقيم، ففي الأوَّل: تتحوَّل اتفاقًا، وفي الثالث: لا تتحوَّل اتفاقًا، والنِّزاع في الوُسطى، فعنده: لا تتحوَّل، وعندنا: تتحوَّل إلى مدة المُسافر.

(ولو كان الأمر على عكسه)، بأن ابتدأه مُسافرٌ، ثم أقام: (انقلبت مُدَّتُه إلى مُدَّة المقيم)، فإن كانت إقامتُه بعد يومٍ وليلة نزَع، وإلا يُتِمُّ يومًا وليلة.

---

(١) في (ع): (تقدما الحدث).

(ومُقتضاها)، أي: القاعدة المذكورة، (اعتبارُ مُدَّة الإقامة فيهما)، أي: في كل من الصُّورتَين، (تغليبًا لجانب الحضَر).

وفي هذا الاستدلال بحثٌ؛ لأنه إن أراد بالعبادة التي اجتمَع فيها المُبيح والمُحرِّم من السفر والحضر العبادةَ مطلقًا، مقصودةً أو غيرَ مقصودة: فلا نُسلِّم أنه لا يغلِب فيها المُحرِّم، والدليل الذي ذكره بقوله: «لأن أصحابنا... إلخ»، مُسلَّمٌ[1]، وهو أخصُّ من المُدَّعَى، ولا يستلزم عدمَ تغليبهم المُحرِّمَ في مطلق العبادة، كيف؟ وقد صرَّحُوا بأنه إذا شرع في الصوم أو في الصلاة في سفينةٍ مقيمًا، ثم سافَر: لا يَتغيَّر فرضُه؛ لأن حالة الإقامة حالةُ عزيمةٍ، والسفرُ حالتُه حالةُ رُخصةٍ، فإذا اجتمعا في عبادة: غلَبت العزيمةُ على الرُّخصة، كما صرَّح به شُرَّاح «الهداية»[2] وسيأتي.

وإن أراد بها الغيرَ المقصودة، أي: المسح على الخُفَّين، فالدليلُ وإن وافَق المُدَّعى، إلا أنه لا لما ذكَره من عدم ترجيح المُحرِّم، بل لأن المسح يقَعُ في أوقاتٍ مُتعدِّدة، فلم يجتمِع المُبيح والمُحرِّم، أي: السفر والحضر، في عبادةٍ واحدة، بل في عباداتٍ مُتعدِّدة قابلةٍ للتجزِّي، فقُدِّم الموجود، وهو جانب السفر فيما إذا كان مسَح مقيمًا فسافَر، وجانبُ الحضر فيما إذا مسَح مسافرًا ثم أقام قبل تمامِ المُدَّة، والله أعلم.

(وبه)، أي: بالتغليب لجانب الحضر، (قال الشافعي) رحمه الله تعالى، فإنه «قال في الصُّورة الأُولى: يُتِمُّ يومًا وليلة لا غير؛ لأن المسح عبادةٌ، فإذا شرَع فيه على حكم الإقامة لم تتغيَّر بالسفر، كالصوم إذا شرَع فيه ثم سافَر لا يُفطر، وكالصلاة إذا شرَع فيها في سفينةٍ في الإقامة، ثم سارَت فصار مسافرًا في صلاته: فلا تتغيَّر،

---

(١) كذا في النسخ.

(٢) انظر: «العناية شرح الهداية»، كتاب الطهارات، باب المسح على الخفين (١/ ١٥٥).

وما ذاك إلا لاجتماع الحضر والسفر وتغليبِ حكمِ الحضر»، كما في «الزيلعي»(١).

(وعنده)، أي: الشافعي رحمه الله تعالى، (لو مَسَح إحدى الخُفَّين حضرًا، والآخَرَ سفرًا: فكذلك)، أي: يُتِمُّ يومًا وليلة، (على) القول (الأصحِّ) عنده؛ (طردًا للقاعدة) المذكورة.

(وأما عندنا، فلا خَفاء في أن مُدَّتَه)، أي: مدة مسحِ مَن سافَر بعد ما بدَأه مُقيمًا، (مُدَّةُ) مسحِ (المُسافِر)؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «يَمسَح المسافرُ ثلاثةَ أيامٍ ولياليهِنَّ»(٢)، و«لأن الغرض من الرخصة التخفيفُ على المسافِرين، وهو زيادةُ المُدَّة، وفيما ذهب إليه الشافعي رحمه الله التسويةُ، فلا يجوز، كما لو سافَر قبل الحدث أو بعده قبل المسح، ولأنه حكمٌ تعلَّق بالوقت، فيُعتبَر آخِرُه، كالصلاة، بخلاف ما إذا سافَر بعد تمام المدة؛ لأن الحدث سرَى إلى القدم، والسفرُ لا يرفعه.

وأما مُقايَستُه بالصلاة والصوم، فالجواب عنه أن الصوم عبادةٌ واحدة، ولهذا يفسُد كلُّه بفسادِ جُزْءٍ منه، وكذا الصلاة، وأما المَسحاتُ في المدة، فكلُّ واحدةٍ مُنفصِلةٌ عما قبلها وعما بعدها، ولهذا لا يفسُد الكلُّ بفساد مَسْحةٍ واحدة، فامتنع الإلحاقُ، وإنما نظيرُه الصَّلَواتُ الخمسُ، وصومُ الشهر؛ [لانفصالِ كلِّ صلاةٍ](٣) أو كل يوم من الآخر»، كذا في «الزيلعي»(٤).

(وأما لو أحرَم المسافرُ)، أي: أتى بتكبيرة الإحرام، (قاصرًا)، أي: ناويًا القصرَ،

---

(١) «تبيين الحقائق»، كتاب الطهارة، باب المسح على الخفين، نواقض المسح (١/ ٥١).

(٢) رواه النسائي في «السنن الكبرى»، كتاب، باب، برقم (١٣٠)، ولفظه: «كان رسول الله ﷺ يأمرنا أن يمسح المقيم يوما وليلة، والمسافر ثلاثة أيام».

(٣) ما بين المعقوفتين مستدرك من «التبيين».

(٤) «تبيين الحقائق»، كتاب الطهارة، باب المسح على الخفين، نواقض المسح (١/ ٥١).

(فبلَغت سفينتُه) قبل التسليم (دارَ إقامته، فإنه يُتِمُّ، ولو شرَع في الصلاة في دار الإقامة فسَارت سفينتُه) وقد كان من قصده السفرُ: (فليس له القصرُ، ولم أرَهما الآن). وقد رأيتَ أنا نقلناها عن الزيلعي في تمسُّك الشافعيِّ بُعَيدَ قولِه: «وبه قال الشافعي».

وفي «العناية»: «إذا شرع في الصلاة في سفينة في المصر، فصار مسافرا في صلاته: فإنها لا تتغيَّر؛ لأن حال الإقامة حالُ عزيمة، وحالَ السفر حالُ رخصة، فإذا اجتمعا في عبادة: غلَبت العزيمةُ على الرُّخصة»[1]، للاحتياط بالاتفاق بيننا وبين الشافعي.

وفي «فتح القدير»: «صلاةٌ ابتدأها مُقيمًا في سفينة، فسافَر[2]: يُعتبَر في حكم الإقامة»[3].

وفي «العناية»: «إذا أقام آخرَ الوقت يُتمُّ؛ لأن المُعتبَر آخرُ الوقت»[4]، ولكن في «الظهيرية»[5]: اللاحِقُ إذا أحدَث، ودخَل مصرَه ليَتوضَّأ: لا يلزمه إتمامُ الأربع، ولا يصير مُقيمًا بدُخول المصر، ذكره البزدوي.

(وعندنا)، خلافًا للشافعي، (فائتةُ السفر، إذا قضاها في الحضر: يَقضِيها ركعتَين، وعكسه)، أي: فائتة الحضر إذا قضاها في السفر: (يقضيها أربعًا)، أي: أربع ركعات؛ لأن القضاء يَحكِي الأداء، فلا بد أن يُوافِقه.

---

(١) «العناية»، كتاب الطهارات، باب المسح على الخفين (١/ ١٥٥).

(٢) في «فتح القدير»: (فسافرت)، أي: السفينة.

(٣) «فتح القدير»، كتاب الطهارات، باب المسح على الخفين (١/ ١٥٥).

(٤) انظر: «العناية»، كتاب الطهارات، باب المسح على الخفين (١/ ١٥٥).

(٥) في هامش (خ): (ولكن في «الظهيرية»: مسألة اللاحق المذكورة مُنِع فيها من الإتمام لكونه خلف الإمام حكمًا، فلا استدراك بها على ما قبله، تدبر، انتهى).

(وأما بابُ الصوم، فإذا صام مُقيمًا، فسافَر في أثناء النهار، وعكسه)، بأن صام مسافرًا، فأقام في أثناء النهار: (حرُم الفِطرُ في كلٍّ منهما)؛ «لأنه اجتمع في اليوم المُبيح، وهو السفر، والمُحرِّم، وهو الإقامة، فرجَّحنا المُحرِّم احتياطًا»، «بحر»[1]، بل إن أقام المسافرُ بعد الإفطار لزمه إمساكُ بقيَّةِ يومه، وإن لم يلزم الكفَّارةُ في كلٍّ منهما.

[فصل: دخول قاعدة «إذا تعارَض المانعُ والمُقتضِي يُقدَّم المانعُ» في السابقة]

(فصل: هل يدخُل في هذه القاعدة)، أي: قاعدة «إذا اجتمع المُبيح والمُحرِّم قُدِّم المُحرِّم»، (قاعدةُ «إذا تعارَض المانعُ والمُقتضِي يُقدَّم المانعُ»)؛ لأنه بمنزلة المُحرِّم، والمُقتضِي بمنزلة المُبيح المُقابِل له، فبهذا الاعتبارِ لا غُبارَ أن تُعَدَّ هذه القاعدةُ داخلةً في الثانية. قال البيري: «وفروعُ ذلك كثيرةٌ، كالصلاة إذا فسَدت من وجهٍ، وجازت من وجهٍ: فسَدت احتياطًا. ولو كان الخيارُ للمُتعاقِدَين، فأجاز أحدُهما وفسَخ الآخَرُ: فالفسخُ أَولى»[2].

[فرع: لو ضاق الوقتُ أو الماء عن سُنَن الطهارة: حرُم فعلُها]

(فلو ضاق الوقتُ أو الماء عن سُنَن الطهارة: حرُم فعلُها)، أي: السُّنَن، فإنه تعارَض المانعُ، وهو ضِيقُ الوقت أو الماء، والمُقتضِي ذلك، وهو كونُه منه، فرُجِّح المانعُ حتى صار فعلُها حرامًا.

ومما يُستدَلُّ به على كون إتيان السُّنَّة حرامًا عند قِلَّة الماء: ما ذُكر في «الخانية» من قوله: «المسافر إذا وجَد ماءً قدرَ ما يَغسِل به كلَّ عُضوٍ مرَّةً واحدةً: لا يجوز له

---

(١) «البحر الرائق»، كتاب الصوم، فصل في عوارض الفطر في رمضان (٢/ ٣٠٤).

(٢) «عمدة ذوي البصائر» (١/ ٢٩٦). وزاد فيها: «إذا لم يمكنه أداء الوقتية إلا مع التخفيف في قصر القراءة والأفعال، فيرتب، ويقتصر على أقل ما تجوز به الصلاة، كما في «المجتبى»».

التيمُّم، إلا أن يخاف على نفسه العطَش أو على دابَّته. ولو كان مُتيمِّمًا، فوجَد ماءً قدرَ ما يكفي لكلِّ عُضوٍ مرَّةً واحدةً، فغسَل بعضَ أعضائه ثلاثًا، فلم يَبْقَ الماءُ: فإنه يُعيد التيمُّم»[1]، انتهى.

وأما كونه حرامًا عند مُضايَقة الوقت، قال بعضهم: لم نرَه، لكن قريبٌ منه ما ذكره في «الحاوي»: «ولو خاف أنه لو صلَّى سُنَّة الفجر بوجهِها تَفُوتُه الجماعةُ، ولو اقتصر عليها بالفاتحة وتسبيحةٍ واحدة في الركوع والسجود يُدرِكُها: فله أن يقتصِر عليها؛ لأن تركَ السُّنَّةِ جائزٌ لإدراك الجماعة، وتركُ السُّنَّة لسُنَّةٍ أَولى، ولو خاف أن تَفُوتَه الركعتان: يُصلِّي السُّنَّة ويَترك الثناءَ والتعوُّذَ وسُنَّةَ القراءة، ويقتصِر على آيةٍ واحدة؛ ليكون جمعًا بينهما»، انتهى.

[فرع: جرَحه جرحَين، عَمْدًا وخطأً، أو مضمونًا وهَدْرًا: لا قصاصَ عليه]

(ولو جرَحه جرحَين، عمدًا وخطأً)، أي: أحدهما عمدًا والآخَرُ خطأً، كما إذا جرَحه عمدًا، ورمى صيدًا، فأصاب ذلك المجروحَ، فجرَحه ثانيًا، (أو) جرَحه جرحَين، (مضمونًا وهَدرًا)، كما إذا أشهَر سيفًا، فجرَحه المشهورُ عليه ليَدفعَ عن نفسه، ثم بعد الاندفاع جرَحه ثانيًا: فالأوَّلُ هدرٌ، والثاني يوجب القصاص، (ومات المجروحُ منهما)، أي: ذَينك الجرحَين، (فلا قصاصَ عليه)، أي: على الجارح، بل تجب الديةُ؛ ترجيحًا للمانع، وهو الخطأ، على مقتضيه، وهو العمدُ، فلا قصاص.

[مسائلُ خارجةٌ عن قاعدة اجتماع المانع والمقتضي]

(وخرَج عنها)، أي: هذه القاعدة، (مسائلُ):

---

(١) «فتاوى قاضي خان»، كتاب الطهارة، باب التيمم، فصل فيما يجوز به التيمم (١/ ٦٣).

[الأولى: لو استُشهِد الجُنُب فإنه يُغسَّل]

(الأُولى) منها: (لو استُشهِد الجنُبُ)، أي: صار شهيدًا، (فإنه يُغسَّل عند الإمام رحمه الله تعالى)، وكذا الحائضُ والنُّفَساء على المُعتمَد عنده، لا عندهما، فإنهما لا يُغسَّلان عندهما.

«وظاهرُه أنه سواء كان بعد الطهارة أو قبل الانقطاع.

وعلى هذا الخلاف المجنونُ.

قيل: ينبغي فيه أن هذا إذا بلَغ مجنونًا[١]. وأما من بلَغ عاقلا، ثم جُنَّ: يُغسَّل؛ لأنه محتاجٌ إلى ما يُطهِّره؛ إذ ذنوبُه الماضيةُ لم تسقُط عنه بجُنونه، إلا أن يقال: إذا استمرَّ جُنونُه إلى موته لا يُؤاخَذ بما مضَى؛ لعدم قدرته على التوبة، ولم أرَ فيه نقلًا[٢]»، «حموي»[٣].

(ومُقتضَاها)، أي: القاعدة، (أن لا يُغسَّل)؛ ترجيحًا للمانع من جانب الشهادة على المُقتضِي من الجَنابة، (كقولهما)، أي: كما هو كذلك عندهما؛ «لعموم ما رُوي في حقِّ عدم الغُسل، ولأن ما وجب بالجَنابة سقَط بالموت لانتهاء التكليف.

ولأبي حنيفة رحمه الله: أن حَنْظَلة رضي الله عنه لما استُشهِد يومَ أُحُد غسَّلَته الملائكة، فقال عليه الصلاة والسلام: «رأيتُ الملائكة تُغسِّل حَنْظَلةَ بنَ أبي عامرٍ بين السماء والأرض بماء المُزْن في صحائف الفِضَّة»، قال أبو أُسيد: فذهَبنا فنظَرنا إليه، فإذا رأسُه يقطرُ ماءً، فأرسل رسول الله ﷺ إلى امرأته يسألها، فأخبَرته أنه خرَج

---

(١) في «غمز العيون»: (ينبغي تخصيصه بمجنون بلغ مجنونا).

(٢) في هامش (خ): (قوله: ولم أر فيه نقله. نقله أبو السعود عن الغزي، انتهى).

(٣) «غمز العيون» (١/ ٣٥٦).

وهو جُنُبٌ[١]، وأولادُه يُسمَّون بأولاد غَسِيل الملائكة، ولأن الشهادة عُرِفت مانعةً عن ثبوت التنجُّس، كالموت، لا رافعةً، فلا ترفع الجَنابة»، كذا في «الزيلعي»[٢].

فإن قيل: لو لم تكُن الشهادةُ رافعةً لوُضِّئ الشهيدُ المُحدِث، مع أنه لا يُوضَّأ بالإجماع. وأُجيب: بأنه لا يلزم من عدم كونها رافعةً للأكبر أن تكون رافعةً للأصغر.

فإن قيل: الواجب غسلُ بني آدم دون الملائكة، قلنا: الواجب هو الغسل نفسُه، وأما الغاسُل نفسُه فليكُنْ من كان؛ إذ لو كان الغسل بني آدم لأَمر بإعادة غسل حَنظَلة، ولأُمِر بغَسْل آدمَ حين غسَّلته الملائكةُ ولم تُعِدْ أولادُه غسلَه.

[الثانية: اختلَط مَوتى المسلمين بمَوتى الكُفَّار]

(والثانية) من تلك المسائل: (لو اختلط موتى المسلمين بمَوتى الكُفَّار) أو «قتلاهم بقتلاهم»، كما في «الفتح»[٣]: (فمُتقضاها)، أي: القاعدة المذكورة، (عدم الغسل للكُلِّ)؛ ترجيحًا للمانع، وهو اختلاطُ مَوتى الكُفَّار، على المُقتضِي، وهو وجود موتى المسلمين.

(والشافعية) رجَّحوا جانبَ المُقتضِي، و(قالوا بغسل الكُلِّ)، ولم يُفصِّلوا في هذه المسائل، وتقدَّم أن الشافعية يَخصُّون القاعدة بالحلال المُباحِ، دون الحلال الواجب، فلذا قالوا: يُغسَّل الكلُّ ترجيحًا لمَصلحة الواجب[٤].

---

(١) رواه بغير هذا اللفظ الحاكم في «المستدرك»، برقم (٤٩١٧)، وقال: «هذا حديث صحيح على شرط مسلم، ولم يخرجاه»، وسكت عنه الذهبي.

(٢) «تبيين الحقائق»، كتاب الصلاة، باب الشهيد (١/ ٢٤٩).

(٣) «فتح القدير»، كتاب الصلاة، باب الشهيد (٢/ ١٤٥).

(٤) انظر: «غمز العيون» (١/ ٣٥٦).

(وأصحابُنا فصَّلوا فيها)، أي: المسألة المذكورة، (فقال الحاكم في «الكافي» من كتاب التحرِّي: فإذا اختلط موتى المسلمين وموتى الكُفَّار، فمَن كانت عليه علامةُ المسلمينُ)، وعلامتُهم بثلاثة أشياء: الختان والخضاب ولبس السواد[1]، كما في «الخلاصة»[2]: (صُلِّيَ عليه. وإن كانت عليه علامةُ الكُفَّار: تُرِكَ)، ولا يُغسَّل ولا يُصلَّى عليه.

(وإن لم يكن لهم علامةٌ) تُميِّزُهم عن المسلمين، (والمسلمون أكثرُ[3]: غُسِّلُوا كلُّهم، وكُفِّنوا، وصُلِّي عليهم، و)لكن (يَنوُون بالصلاة والدُّعاءِ المسلمين دون الكُفَّار، ويُدفَنون في مَقابر المسلمين)؛ بناءً على أن للأكثر حكمَ الكُلِّ في أكثير من المواضع.

(وإن كان الفريقان سواءً، أو كانت الكُفَّار أكثرَ: لم يُصَلَّ عليهم)؛ لأن الحظر والإباحة إذا اجتمعا: كان الحكمُ للحظر، كما في «الخلاصة»[4]، فيُقَدَّم المانعُ، (ولكن يُغسَّلون ويُكفَّنون ويُدفَنون في مَقابر المشركين).

قال في «الخلاصة»: «وإن كانت الغلَبةُ للكُفَّار، أو كانوا سواءً: فلا رواية في الدَّفْن في «المبسوط»، وذكر الحاكم في «مختصره» أنهم يُدفَنون في مقابر

---

(١) في هامش (خ): (قوله: ولبس السواد، كان في الزمن السابق، وأما في هذا الزمان، فليس علامة للمسلم)، ومثله في «حاشية ابن عابدين»، كتاب الصلاة، باب صلاة الجنازة (٢/ ٢٠١).

(٢) لم أجده في «خلاصة الفتاوى». وقد ذكره في «بدائع الصنائع»، كتاب الصلاة، فصل صلاة الجنازة، شرائط وجوب الغسل (١/ ٣٠٣)، وزاد: «حلق العانة».

(٣) قال ابن عابدين في «حاشيته»، كتاب الصلاة، باب صلاة الجنازة (٢/ ٢٠١): «وكيفية العلم بالأكثر أن يحصي عدد المسلمين، ويعلم ما ذهب منهم، ويعد الموتى فيظهر الحال».

(٤) لم أجده في «خلاصة الفتاوى».

المشركين. واختلف المشايخُ، قال بعضهم: يُتَّخذ لهم مَقبَرةٌ على حِدَة، وتُسوَّى قُبورُهم، ولا تُسنَّم. وقد اختلف الصحابةُ في كِتابِيَّةٍ، في بطنها ولدٌ مسلمٌ، قد ماتَتْ: فإنه لا يُصلَّى عليها بالإجماع، واختلفوا في الدَّفْن على ما ذكرنا»[١]، انتهى.

[مسألة: يُمنَع المالكُ من التصرُّف في ملكِه إذا تعلَّق به حقُّ الغير]

(وقد رجَّحوا المانعَ على المُقتضِي في مسألة: سُفْلٍ لرجل وعُلْو لآخر، فإن كلًّا منهما ممنوعٌ عن التصرُّف في ملكه) بلا إذنِ الآخَر، وذلك التصرُّف الممنوع مثلا أن يَتِدَ صاحبُ السُّفل وتَدًا فيه، أو ينقُب كُوَّةً، أو يَبني صاحبُ العُلْو عليه بيتًا، أو يضعَ عليه جُذوعًا، أو يُحدِث كَنيفًا، وإنما مُنِع من هذه التصرُّفات (لحقِّ الغير[٢]).

وأشار إلى التعارُض الواقع فيها بقوله: (فملكُه) الذي يُفيد إباحةَ التصرُّف (مُطلِقٌ[٣] له)، فيقتضِي جوازَ التصرُّفات المذكورة، (وتعلُّق حقِّ الغير مانعٌ له)، فرُجِّح المانعُ على المقتضِي، هذا قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وذلك لأن الأصل فيه عنده الحَظْر؛ لأنه تصرُّفٌ في محلٍّ تعلَّق فيه حقُّ الغير، كالرهن والعين المُستأجَرة، والإطلاقُ لعارضٍ، وهو عدمُ الضرر بيقينٍ، فما أشكَل يبقى على الحظر، وهذه الأشياء من المُشكِل، وهذا هو الصحيح، كما في «العمادية» وغيرها، وهو إن كان الضررُ بيِّنًا أو مُشكِلًا: يمنع، وإلا لا. وأما عندهما، فالأصل فيها الإباحة؛ لأنه تصرُّفٌ في ملكه، وهو مُطلِقٌ له، والحرمةُ لعارضٍ، وهو الضرر بالغير، فما أشكَل يبقى على الإباحة.

---

(١) لم أجده في «خلاصة الفتاوى». وانظر: «بدائع الصنائع»، كتاب الصلاة، فصل الغسل، فصل شرائط وجوب الغسل (١/ ٣٠٣).

(٢) في (ع): (الآخر).

(٣) في هامش (خ): (قوله: مطلق، بكسر اللام، أي: مبيح)، انتهى.

(وكذا تصرُّف الراهن والمُؤجِّر) بالبيع وغيره (في المرهون والعين المُؤجَّرة) بلا إذنٍ من المرتهن والمُستأجِر: (مُنِع لحقِّ المُرتهن والمُستأجِر).

(وإنما قدَّم)، أي: قدَّم أبو حنيفة، (الحقَّ ههنا)، أي: في كلٍّ من مسألة العُلْو والسُّفْل، ومسألتَي المرهون وعين المُؤجَّرة، (على المِلك)، مع أن المِلك أقوى؛ (لأنه)، أي: الشأن، (لا يَفُوتُ به)، أي: بتقديم الحق، (إلا مَنفعةُ) التصرُّف بـ(التأخير)، أي: تأخير التصرُّفات المذكورة، (وفي تقديم المِلك تفويتُ العين على الآخَر) بالانهدام عليه ونحوه، وتفويتُ العين أشدُّ ضررًا من تفويت المنفعة، فكان تقديمُ الحقِّ الذي هو المانِعُ أحقَّ وأَولى.

(وتمامُه في «الفصول العمادية» في مسائل الحيطان).

وحاصلُ ذلك، كما ذكره في «العمادية»، أن هذه المسألة تشتمِل على أنواع أربعة:

الأول: لو أراد صاحبُ السُّفل أن يَهدِم سفلَه: ليس له ذلك؛ لأن لصاحب العلو فيه حقَّ القرار، وقد يُمنَع صاحب الملك من التصرُّف في ملكه إذا كان لغيره فيه حقٌّ، كالراهن يُمنَع من التصرُّف في المرهون، وإن كان الرهنُ خالصَ ملكِه؛ لأن للمرتهن فيه حقًّا.

الثاني: إذا أراد صاحب السُّفل أن يتصرَّفَ فيه تصرُّفًا لم يكن له قبل ذلك، مثل أن يَتِدَ وتَدًا، أو ينقُب كُوَّةً، أو يَفتح بابًا، أو يُدخِل جِذْعًا: ليس له ذلك إلا برضا صاحب العُلو، سواء كان يضُرُّ ذلك به أو لا عند أبي حنيفة، خلافًا لهما فيما لا يضُرُّ به. وكذلك صاحب العُلْو، إذا أراد أن يَبنِي في العلو بناءً، أو يضَعَ عليه جُذوعًا، أو يُحدِث فيه كَنيفًا: فعلى هذا الخلاف.

لهما: أن ملكَ كلِّ واحدٍ منهما مُمتازٌ عن ملك الآخر، حتى لو باع صاحب السُّفْل سُفلَه: كان جميعُ الثمن له، ولصاحب العُلو الشُّفعةُ حقًّا للجِوار، فدلَّ على أن ملك كلِّ واحدٍ منهما ممتازٌ عن ملك صاحبِه، إلا أن لكلِّ واحدٍ منهما حقًّا في ملك صاحبه، فلصاحب العُلو حقٌّ في السفل، وهو حقُّ قرارِ العلو على السفل، ولصاحب السفل حقٌّ في العلو، وهو حقُّ دَفْع المطر والشمس عن السفل، والملك مُطلِقٌ للتصرُّف، والحقُّ مانعٌ عنه، فقد اجتمَع المُطلِق والمانِع، وضرَرُ الإطلاق وضرَرُ المانع على السواء، إلا أنا رجَّحنا التصرُّف للمالك، وأبطَلنا حقَّ صاحبِ الحقِّ على التأبيد؛ لأن حقَّه بقدر ما انتقَص يَفُوت على التأبيد، ولو حَجَّرنا المالك عن التصرُّف لحجَّرناه عن التصرُّف على الأبد؛ لأنه ليس له أن يَستخلِصَ مالَ الآخر لنفسه، وإذا لم يَترجَّحْ أحدُ الضَّرَرَين على الآخر حتى يُعمَل بالراجح منهما: وجب العملُ بهما، والعمل بما يُطلِق التصرُّفَ وبما يَمنَعه في كل تصرُّف مُتعذِّر، فعمِلنا بالمُطلِق في كلِّ تصرُّفٍ لا يضُرُّ صاحبَه، وعمِلنا بالمانع في تصرُّفٍ يضُرُّ صاحبَه؛ توفيرًا على الأمرَين حظَّهما بقدر الإمكان، بخلاف الجارَين في دارَين، حيث لا يُمنَع كلُّ واحدٍ منهما عن التصرُّف في داره، سواء أضرَّ بصاحبه أو لم يُضِرَّ؛ لأن ملكَ كلِّ واحد منهما ممتازٌ عن ملك الآخر، ولا حقَّ لأحدهما في ملك الآخر، بخلاف ما نحن فيه، وبخلاف الراهن، فإنه يُمنَع عن التصرُّف في المرهون، أضرَّ بالمرتهن أو لا، بأن أراد أن يُدخِل في الدار المرهونة جِذْعًا، أو يَفتَح كُوَّةً، وقد اجتمع فيه ما يَمنَع التصرُّفَ، وهو الحقُّ، وما يُطلِق التصرُّف، وهو الملك؛ لأن ما يَمنَع هنا راجعٌ على ما يُطلِق؛ لأنَّا حجَّرنا الراهنَ عن التصرُّف بسبب حقِّ الآخَر بتأخير حقِّه في التصرُّف؛ لأنه له أن يَفتَكَّ الرهنَ بقضاء الدَّين، ومتى أطلَقنا له التصرُّف: أبطَلنا حقَّ المرتهن أصلا، والتأخيرُ أهونُ من الإبطال، بخلاف ما نحن فيه.

ولأبي حنيفة: ما يَمنَع راجِحٌ على ما يُطلِق، فيكون العِبْرةُ للمانع، كما في الرهن، وهذا لأن ضرَر الإطلاق فوق ضرَرِ المَنْع، وذلك لأنا لو منَعنا المالكَ عن التصرُّف في ملكه: فإنما يَفُوت عنه مُجرَّدُ منفعةِ شيءٍ من عين ملكِه، ومتى[1] أطلَقنا له التصرُّف: فاتَ بهذا القدر حقُّ صاحب الحقِّ في العين والمنفعة جميعًا، وإذا ترَجَّح ما يَمنَع: كانت العبرةُ له، كما في الرهن.

ولو أراد صاحب السُّفل أن يَبنِي في بُقْعةِ السُّفل، إن كان لا يضُرُّ بالعلو: فله ذلك من غير رضا صاحبِ العلو، وإن كان يضُرُّ: فكذلك عند أبي حنيفة؛ إذ ليس لصاحب العلو حقٌّ في بُقعة السفل، فصار كالجارَين.

وعندهما: ليس له ذلك إلا برضا صاحب العلو؛ لأن لصاحب العلو حقًّا في بقعة السفل؛ لأن قِوَام العلو بالسُّفل، وقِوامُه بالبُقعة، فصارت البقعةُ حقًّا لصاحب العلو من هذا الوجه، بخلاف الجارَين.

الثالث: إذا هدَم صاحبُ السفل سفلَه: أُخذ صاحبُه ببناء سُفلِه.

الرابع: إذا انهدَم السفلُ من غير هدمِ صاحبِه: لا يُجبَر على البناء، انتهى.

لكن قد يقال: «لا يَفُوت على المرتهن إلا حقُّ حَبْسِ العين، وغايتُه بقاءُ دَينه بلا رَهْن، والفائت على المُستأجِر المنفعةُ المعقود عليها، وله حقُّ استرداد الأجرة أو بعضها لو عجَّل، فما وجه فَوَات العين عليهما ؟ اللهم إلا أن يقال: يتحقَّق الفواتُ في الجملة، كما لو مات الراهنُ مُفلِسًا، وكذا المُؤجِّر مع تعجيل الأُجرة، فتأمَّل»، «حموي»[2].

---

(١) في (خ): (متى ما).
(٢) انظر: «غمز العيون» (١/ ٣٥٧).

[القاعدة الثالثة: في الإيثار في القُرَب]

(القاعدة الثالثة) من قواعد النوع الثاني، (لم أرَها)، أي: هذه القاعدة، (الآن لأصحابنا)، مُجمَلةً ولا مُفصَّلة، (وأرجُو من كرَم الفتَّاح أن يفتَح بها وبشيءٍ من مسائلها)، أي: جُزئيَّاتِها.

(وهي)، أي: تلك القاعدة، (الإيثارُ في القُرَب).

الإيثارُ: أن يُؤثِر غيرَه مع الحاجة إليه، وعكسُه الأَثَرة، وهو استئثارُه عن أخيه فيما هو محتاجٌ إليه، ومنه قولُه عليه الصلاة والسلام: «ستَلقَون بعدي أَثَرة»[1].

والقُرَب: جمعُ قُرْبة، «وهي ما يُقصَد به تعظيمُ الله مع تعلُّق منفعةِ العباد، وهي أخصُّ من الطاعة؛ لأن الطاعة تُطلَق على ما لا تعظيم فيه»، كذا في «البيري»[2].

[فروعٌ مُندرِجةٌ تحت القاعدة]

قال: «وقد ظَفِرتُ بفُروعها، منها ما في «شرح التجريد» للكرماني:

اشترك سبعةٌ في بقرةٍ يريدون القُربة: أجزأهم، اختلفت الجهاتُ[3] أو اتفقت، ولو كان أحدُهم عن ميِّت. والقياس: أن لا تجوز، وهو قول أبي يوسف؛ لأن الفعل لا يقع عن الميِّت، فصار نصيبُه اللحمَ، فلا يجوز. وجه الاستحسان: أن التقرُّب عن الميِّت جائزٌ؛ ألا ترى أنه يُحَجُّ عنه، ويُتصدَّق بالشيء، وقد ذبح النبيُّ ﷺ عن أُمَّته[4]، فإذا جاز كانت جهةُ القربة ثابتةً»، انتهى.

---

(١) رواه البخاري في «صحيحه»، كتاب مناقب الأنصار، باب قول النبي ﷺ: «اصبروا حتى تلقوني على الحوض»، برقم (٣٧٩٢).

(٢) «عمدة ذوي البصائر» (١/ ٢٩٩).

(٣) في النسخ: (الجهة)، والمثبت من «البيري».

(٤) رواه أبو داود في «سننه»، كتاب الأضاحي، باب في الشاة يضحى بها عن جماعة، برقم (٢٨١٠).

ومنها ما في «شرح شرعة الإسلام» أنه يبدأ بالشُّرْب بالشيخ، ثم بالشابِّ، إلا أن يكون الشابُّ أعلمَ، فيُقدَّم على الشيخ الجاهل في الأكل والشُّرب والمَشْي والجُلوس وغير ذلك، ويكون الشابُّ هو المتبوع، والساقي يتأخَّر في الشُّرب، ويبدأ بالشرب عن اليمين؛ لأنه أحقُّ؛ لما رَوى مسلمٌ أن النبي ﷺ أُتي بشَراب، فشرِب منه، وعن يمينه أصغرُ القوم، وهو ابن عباس، وعن يساره أشياخٌ، فقال عليه الصلاة والسلام: «أتأذَنُ لي في أن أُعطِي هؤلاء؟»، فقال الغلام: لا والله، فأعطاه[1].

فأفاد بهذا جوازُ الإيثار بالقُرب مع الأَولوِيَّة بتقديم نفسه في الشرب إذا طُلب منه السقيُ، وبيَّن بقوله: «أتأذَنُ لي»، أنَّ مَن على اليمين يُقدَّم في الشرب، وإن كان في الجهة الأُخرى من هو أحقُّ بالتقديم منه.

ومنها: الإيثار بالإمامة، فقد قدَّم أبو حنيفة أبا يوسف رحمهما الله تعالى.

ومنها: قالوا: إن الصلاة على الجنازة يُقدَّم فيها الأولياء على ترتيب العصَبات، الأقرب فالأقرب، فإن تساوَوا في القُرْب: يُقدَّم أكبرهم سِنًّا، وللقريب أن يُقدِّم من شاء، «خزانة الأكمل»[2].

وقال في «المُضمَرات» نقلا عن «النصاب»[3]: «وإن سبق أحدٌ بالدخول

---

(١) رواه في «صحيحه»، كتاب الأشربة، باب استحباب إدارة الماء واللبن ونحوهما عن يمين المبتدئ، برقم (٢٠٣٠).

(٢) عبارة «خزانة الأكمل»، كتاب الصلاة، من الكرخي (١/ ١٦٩): «وروي عن أبي حنيفة: يصلي عليها الإمام إذا حضر أو القاضي أو الوالي، فإن لم يحضر واحد منهم: قدموا إمام الحي، ثم الأقرب فالأقرب، والقريب يقدم من شاء».

(٣) في هامش (خ): (قوله: عن «النصاب»، أي: الكتاب المسمى بـ«نصاب الفقه»).

إلى المسجد، وأخذ مكانه في الصف الأوَّل، فدخل رجلٌ أكبرُ منه سِنًّا أو أعلمُ منه: ينبغي أن يتأخر ويُقدِّمه؛ تعظيمًا له»[١]، انتهى.

فهذا مُفيدٌ لجواز الإيثار في القرب؛ عملا بعموم قوله تعالى: ﴿وَيُؤْثِرُونَ عَلَىٰٓ أَنفُسِهِمْ وَلَوْ كَانَ بِهِمْ خَصَاصَةٌ﴾ [الحشر: ٩]، إلا إذا قام دليلُ التخصيص.

[مذهب الإمام الشافعي في الإيثار في القُرَب]

و(قال الشافعيّ رحمه الله تعالى: **الإيثار في القُرَب مكروهٌ، وفي غيرها**)، أي: غير القُرَب، (**محبوبٌ**).

قال بعضهم[٢]: محلُّ النِّزاع هو الإيثارُ في الفضائل والنوافل دون الفرائض والواجبات؛ لأنه لا يجوز بالاتفاق.

ومنه عُلم أن بعضَ ما ذكره المُصنِّف ليس من فروع القاعدة، كالإيثار بماء الطهارة وسَتْر العورة؛ لأن الإيثار في الأوَّل يُفضِي إلى ترك الصلاة، والتيمُّم إنما يجوز عند عدم الماء حقيقةً أو حكمًا لا بصُنْعٍ منه، والثاني مُفضٍ إلى كشف العورة.

(**قال الله تعالى**) في مدح الأنصار: (﴿وَيُؤْثِرُونَ عَلَىٰٓ أَنفُسِهِمْ﴾)، أي: يُقدِّمون المهاجرين على أنفسهم، حتى أن من كان عنده امرأتان نزل عن واحدةٍ وزوَّجها أحدَهم، (﴿وَلَوْ كَانَ بِهِمْ﴾)، أي: الأنصار، (﴿خَصَاصَةٌ﴾ [الحشر: ٩])، أي: حاجةٌ، وعمومُ هذه دليلٌ لنا، لا له، فلو قدَّمه على خلافه لكان أولى.

(**قال الشيخ عِزُّ الدِّين**) ابنُ عبد السلام، سلطانُ العلماء، الشافعيُّ (**رحمه الله تعالى: لا إيثار في القُرُبات، فلا إيثارَ بماء الطهارة، ولا بسَتْر العورة، ولا بالصفِّ الأوَّل؛ لأن الغرض بالعبادات التعظيمُ والإجلال**)، أي: تعظيم الله وإجلاله، (**فمَن آثر غيره**

---

(١) انظر: «جامع المضمرات»، تتمة كتاب الصلاة (٢/ ١٤٧)، و«عمدة ذوي البصائر» (١/ ٣٠٠-٣٠٢).

(٢) أي: الأزميري في «شرحه»، كما ذكره الدكتور شهاب.

على نفسه به)، أي: بشيءٍ مما ذُكِر، (فقد ترَكَ إجلالَ الله وتعظيمَه)، وذلك غيرُ جائز.

(قال الإمام: لو دخل الوقتُ، ومعه ماءٌ يتوضَّأ به)، أي: يكفيه لتوضِّيه، ولا ماءَ عنده غيرُ ذلك الماء، (فوهَبه لغيره ليَتوضَّأ به: لم يجُزْ ذلك) الفعل. وفي قوله: «لو دخل الوقتُ»، إيماءٌ إلى أنه يجوز إيثارُه قبل دخول الوقت؛ لإمكان التدارُك.

(لا أعرِف فيه خلافًا) عن أحد؛ (لأن الإيثار) المندوب (إنما يكون فيما يَتعلَّق بالنُّفوس، لا فيما يتعلَّق بالقُرَب والعبادات).

فعُلم منه أن الإيثار المندوب اختيارُ الغير، وتقديمُه على نفسه فيما يتعلَّق بالنفوس، وأخصُّ منه ما قيل: هو بَذْلُ المال مع الحاجة إليه.

رُوي عن ابن عمر رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «أيُّ امرءٍ اشتهى شهوةً، وآثَر على نفسه: غُفِر له»[1].

وعن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: «ما شبع رسولُ الله ﷺ ثلاثة أيام متوالية، ولو شئنا لشبِعنا، ولكنَّه كان يُؤثِر على نفسه»[2].

(وقال في «شرح المُهذَّب») من كتب الشافعية (في باب الجمعة: لا يُقام)، أي: لا يُرفع، (أحدٌ من مجلسه) في المسجد (ليَجلِس في موضعه، فإن قام باختياره: لم يُكرَه) قيامُه والجلوسُ في موضعه، إن لم ينتقِل إلى مكانٍ أبعدَ من الإمام، (فإن انتقل[3] إلى) مكان (أبعدَ من الإمام) بالنسبة إلى المكان الأوَّل: (كُرِه) قيامُه منه.

---

(١) أورده ابن الجوزي في «الموضوعات» (٣/ ١٣٨)، والفتني في «التذكرة» (ص ١٥١).

(٢) أخرجه البيهقي في «شعب الإيمان»، برقم (٥٢٥٢). وأول الحديث عند مسلم برقم (٢٩٧٠)، بلفظ: «ما شبع رسول الله ﷺ ثلاثة ايام تباعا من خبز بر حتى مضى لسبيله».

(٣) في هامش (خ): (قوله: فإن انتقل... إلخ. هذا مخالف لما في «المضمرات» عن «نصاب الفقه»،

فعُلم منه أن الإيثار في القُرَب إنما يُكرَه إذا استلزَم الإيثارُ فَوْتَ القربة منه.

(قال أصحابُنا) في تعليل الكراهية: (لأنه آثَر الغيرَ) على نفسه (بالقُربة).

ففُهم منه أن الإيثار في القربة مكروهٌ عندنا، وهو خلافُ ما تقدم.

(قال الشيخ أبو محمد في «الفروق»: من دخل عليه وقتُ الصلاة، ومعه ماءٌ يكفيه لطهارته، وهناك مَن يحتاجه للطهارة: لم يجُزْ الإيثارُ).

قد تقدَّم أن هذا ليس من فروع القاعدة.

(ولو أراد المُضطرُّ إيثارَ غيره بالطعام لاستبقاءِ مُهجتِه)، أي: حياته، (كان له ذلك، وإن)، وصلية، (خاف فَوتَ مُهجتِه).

(والفرق) بين إيثار ماءِ الطهارة وإيثار الطعام: (أن الحقَّ في الطهارة لله تعالى، فلا يَسُوغ فيه الإيثارُ)؛ لاستلزامه تفويتَ تعظيم الله وإجلاله، (والحقُّ في حال المَخْمَصة لنفسه)، فيَسُوغ له ذلك[1].

[فرع: مع الأب والابن ماءٌ في المَفازة يكفِي لأحدِهما]

ويُستفاد من كراهية «البزازية» ما يُخالف هذا، قال: «مع الأب والابن ماءٌ في

= ونصه، كما في «البيري»: إن سبق أحد بالدخول في المسجد، وأخذ مكانه في الصف الأول، فدخل رجل أكبر منه سنا، أو من أهل العلم: ينبغي له أن يتأخر ويقدمه تعظيما. ومثله في «الضياء المعنوي». إن قلت: إن عبارة «النصاب» مفروضة فيما إذا تأخر لأجل من هو أكبر منه سنا، أو كان من أهل العلم، وهنا محمول على ما إذا لم يكن كذلك، قلت: يأبى هذا التوفيق سياق كلام المصنف: «قال أصحابنا: لأنه آثر الغير بالقربة»؛ إذ هو بعمومه شامل لما إذا كان الداعي لبعده عن الإمام تقديم من هو أكبر منه سنا، أو كان من أهل العلم، فالمخالفة ظاهرة، أبو السعود).

(١) انظر: «الأشباه والنظائر» للسيوطي (ص ١١٦).

المَفازة يكفي لأحدهما، إنْ للوضوء: فالأبُ أولى بلا خلاف، وإن للاحتياج إلى الشُّرب: فالابنُ أولى؛ لأن قَتْل نفسِه أعظمُ وِزْرًا من قتل غيرِه، ولو قلنا: الأبُ أولى، لوجَب على الابن تركُ الشُّرب والصَّبْرُ حتى يموت عطشانَ، والمُمتنِعُ[1] عن شُرب ماء وأَكْل طعام حتى يموتَ قاتلٌ لنفسه، فلو أخَذه من أبيه: يكون قاتلًا لغيره، وقتلُ النفس أعظمُ، والمُبتلَى ببلِيَّتَين لا يختار الأشدَّ. وقال محمد بن سلَمة: الأبُ أولى، [وهو المختار][2]؛ لأن الأب كان سببًا لحياته، ولا يكون من المُرُوءة[3] أن يكون الابنُ سببًا لهلاكه»[4]، انتهى.

فإن المستفاد منه عدمُ جواز الإيثار حالَ المَخمَصة لغير الأب بطريق الأَولى، إلا أن يقال: إذا وصَل في المخمصة إلى حالةٍ لا يقتُل نفسَه ويُحيِي غيرَه، فلا مُنافاة.

(وكُرِه إيثارُ الطالب) للعلم **(غيرَه)** من شُركائه في الدَّرْس **(بنَوبتِه في القِراءة؛ لأن قراءة العلم والمُسارَعة إليه قُرْبةٌ، والإيثار بالقُرَب مكروهٌ).**

(قال الإسيوطيُّ: من المُشكِل) وارِدًا **(على هذه: مَن جاء)** إلى الصلاة، **(ولم يجِدْ في الصفِّ الأوَّل فُرجةً)** ليقومَ فيها، **(فإنه يَجُرُّ شخصًا)** من **الصفِّ (بعد الإحرام)**، أي: إحرام الشخص ودخولِه في الصلاة، **(ويندُب للمَجرُور أن يُساعِده)** ويتأخَّرَ، وهذا وإن لم يكن فيه تقديمُ غيره على نفسه بقُربة الصفِّ الأوَّل؛ إذ لم يقُمْ غيرُه مقامَه، ولكن فيه تفويتُ القُربة لمصلحة الغير، فمن هذه الحيثية كان الإيثار في القربة، كما أشار إليه بقوله:

---

(١) في النسخ: (فالممتنع)، والمثبت من «البزازية».

(٢) ما بين المعقوفتين مستدرك من «البزازية».

(٣) في «البزازية»: (البر).

(٤) «الفتاوى البزازية»، كتاب الكراهية، الفصل الخامس في الأكل (٦/ ٣٦٦).

(فهذا الشخص يُفوِّتُ على نفسه قربةً، وهو الصفُّ الأوَّل، انتهى) كلام الإسيوطي[١].

ويُدفَع هذا الإشكال بأنَّ المكروه هو الإيثارُ في القربة، بمعنى تقديم الغير على نفسه بتلك القربة. وأما تركُ القربة لمصلحة الغير، ودفعُ الكراهة عنه، فيجوز أن لا يكون مكروهًا، بل مندوبًا؛ إذ ربما يكون فرقًا بين الشيء وبين ما يَشبَهه.

ويمكن أن يقال: إن ثبت أنه يُفوِّت إلا أنه يجعل له قربة أُخرى، وهو أن لا يكون الرجل مُنفرِدًا في الصفِّ، وهذا مما يُساوِي القُربةَ الأُولى، بخلاف فَوتِ القراءة، فإن الإيثارَ لا يُوازَى به[٢].

[فرع: إيثارُ الفقير غيرَه من الفقراء على نفسه بدراهمِه]

(ثم رأيتُ في الهبة من «منية المفتي»: فقيرٌ مُحتاجٌ، معه دراهمُ، فإن أراد أن يُؤثِر الفقراءَ على نفسه) بتلك الدراهم - لا يخفَى أن هذا ليس إيثارًا في القربة، بل إيثارٌ فما يتعلَّق بالنفس[٣] - (إن علِم أنه يصبِر على الشِّدَّة)، أي: شِدَّة الفاقة، (فالإيثارُ أفضلُ) من الإمساك على نفسه؛ لقوله عليه السلام: «أفضلُ الصدقة جُهْدُ المُقِلِّ»[٤]، (وإلا)، بأن لم يعلم أنه يصبر على الشدة: (فالإنفاقُ) على نفسه (أفضلُ)؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «أفضلُ الصدقة ما يكون عن ظهرِ غِنًى»[٥]، فإن الحديث الأوَّل محمولٌ على من صبَرَ على الشِّدَّة، والثاني محمولٌ على من لا يصبِر، توفيقًا بين الحديثَين.

---

(١) «الأشباه والنظائر» للسيوطي، الكتاب الثاني، القاعدة الثالثة (ص ١١٧).

(٢) انظر: «غمز العيون» (١/ ٣٦٠).

(٣) انظر: «غمز العيون» (١/ ٣٦٠).

(٤) رواه أبو داود في «سننه»، كتاب الزكاة، باب الرخصة في ذلك، برقم (١٦٧٧).

(٥) رواه مسلم في «صحيحه»، كتاب الزكاة، باب بيان أن اليد العليا خير من اليد السفلى، برقم (١٠٣٤).

[القاعدة الرابعة: التابع تابع]

(القاعدة الرابعة) من قواعد النوع الثاني: (التابع) لشيءٍ في الوجود، (تابعٌ) له في الحكم، فلا لَغْوَ في الحَمْل.

[قواعدُ مندرجةٌ تحت هذه القاعدة]

(يدخل فيها)، أي: هذه القاعدة، (قواعد):

[القاعدة الأُولى: التابع لا يُفرَد في الحكم]

(الأُولى) منها: (أنه)، أي: التابع، (لا يُفرَد في الحكم).

فلذا لا يُقطَع لو سرَق صبيًّا حُرًّا عليه حُلِيٌّ، ولا يُقطَع بسرقة مُصحَفٍ مُحلًّى، وإن كانت الحِلْيةُ بمُفرَدِها تبلُغ نصابًا، وكذا لو سرَق آنيةً فيها خَمْرٌ، وقيمةُ الآنية تزيد على النصاب. وكذا في دعوى النسَب، الولد أصلٌ في النسب؛ لأن الأُمَّ تُضاف إليه، فيقال: أمُّ الولد، فحُرِّيَّتُها تُستفاد من حرِّية الولد؛ لأن الثابت لها حقُّ الحرِّية، وله حقيقةُ الحرِّية، كما في «المشرع» وغيره، انتهى.

[فرع: الحَمْل يدخُل في بيع الأُمِّ تبعًا، ولا يُفرَد بالبيع]

(ومن فُروعها)، أي: هذه القاعدة، (الحَمْل)، وهو الولدُ في بطن الحيوان، (يدخُل) بلا ذِكْرٍ (في بيع الأُمِّ تبَعًا لها، ولا يُفرَد بالبيع)، حتى لو باعه مُستقِلًّا: لا يصِحُّ؛ لنهيه عليه الصلاة والسلام عن شراء ما في بُطون الأنعام[1]، ولأنه بمنزلة الأطرافِ المُتَّصِلة، فلا يجوز إفرادُه.

---

(١) رواه ابن ماجه في «سننه»، كتاب التجارات، باب النهي عن شراء ما في بطون الأنعام، برقم (٢١٩٧).

وهل يدخُل الولد في بيع الأمّ؟ قيل: يدخُل الولد الرَّضِيع في بيع البقَرة والشاة والناقة والرَّمَكة عندهما، دون الفَطِيم، ولا يدخُل في بيع الأَتَان كيف كان، قاله في «القنية» عن «فتاوى الفضل».

[هبةُ الحَمْل كبَيعه]

(والهبة كالبيع) في هذا الحكم، فيدخُل الحملُ في هبة الأُمّ، ولا يُفرَد بالهبة.

«وأما الصدقة، والنكاح، والخُلع، والصُّلح عن دم العَمْد، والإجارةُ، والكتابة، والرَّهن، والوصِيَّة، والعتق، ففي كلٍّ من هذه التصرُّفات الحملُ تبَعٌ للأُمّ، ولا يجوز إفرادُه بالتصرُّف إلا في الوصيَّة والعِتق، وصحَّ استثناؤُه فيهما لصحةِ إفراده فيهما. وأما استثناؤُه فيما سواها، ففي البيع والإجارة والكتابة والرهن: يفسُد الاستثناءُ والعقدُ، وفي الباقي يصِحُّ العقد، ويبطُل الاستثناء»، كذا في «الزيلعي»[1].

[فرع: الشِّرب والطريقُ يدخُلان في بيع الأرضِ تبعًا]

(ومنها)، أي: فروع تلك القاعدة، (الشِّرْب)، وهو النصيب من الماء، (والطريق)، أي: حقُّه، لا رقَبتُه، لقوله: «ولا يُفرَدان بالبيع على الأظهر»، (يدخُلان في بيع الأرض) بلا ذكرٍ (تبعًا) لها، لكن بشرط أن يكون البيعُ بحقوقها أو بمَرافِقها، لا مطلقًا.

قال في «الخانية»: «ولا يدخُل الشِّربُ والطريقُ في بيع الأرض مطلقا»[2]، انتهى.

---

(١) انظر: «تبيين الحقائق»، كتاب البيوع، باب البيع الفاسد (٤/ ٥٨).

(٢) «فتاوى قاضي خان»، كتاب البيوع، فصل فيما يدخل في بيع الكرم والأراضي (٢/ ٢٤٤).

وكذا الحكم في بيع الدار؛ قال في «التنوير»: «لا يدخُل الطريقُ والمَسِيلُ والشِّربُ في بيع بيتٍ أو دارٍ، إلا بنحو: «كل حقٍّ»»[١]، انتهى.

ولكن «يدخُلان في الإجارة والرهن والقِسمة والوقف، وإن لم يذكر الحقوق والمَرافق»، كما في «الخانية»[٢].

ومراده ببيع الطريق: بيعُ حقِّ المُرور.

وأما بيعُ رقبة الطريق وحدها، سواء كانت محدودةً أو لا، فهو صحيحٌ، وكذا هبتُها في الرواياتِ كلِّها. أما إذا كانت محدودةً، فالأمر ظاهر، وأما إذا كانت غيرَ محدودةٍ، فتُقدَّر بعَرْض بابِ الدار العُظمى عرفًا، كما في «النهاية».

وأما بيعُ حقِّ المرور، فيَصِحُّ تبعًا إجماعًا، ووحده لا يجوز، أي: فاسد، كما في رواية «الزيادات»[٣]، وصحَّحه الفقيه أبو الليث؛ لأنه حقٌّ من الحقوق، وبيعُ الحقوق بالانفراد لا يجوز، كبيع حقِّ التعلِّي. وفي رواية ابن سماعة: يجوز وحده لكونه معلومًا؛ لتعلُّقه بمحلٍّ معلوم بالبيان أو بالتقدير بباب الدار العُظمى.

والشِّرب كحقِّ المرور، يصِحُّ بيعُه تبعًا للأرض إجماعًا، ووحده في رواية اختارها مشايخُ بلخ لتعامُلهم ذلك لاحتياجهم إليه، والقياس يُترَك بالتعامُل، أو لأنه مالٌ، وكلُّ مالٍ يجوز بيعُه. أما الصُّغرى[٤]، فلأنه نصيبٌ من المال، حتى يجب الضمانُ بإتلافه، فإنه لو سقى أرضَه بماءِ غيره: يضمَن قيمتَه، ولأن له حظًّا من الثمن،

(١) انظر: «تنوير الأبصار» مع «الدر المختار»، كتاب البيوع، باب الحقوق في البيع (ص ٤٣٤).
(٢) انظر: «فتاوى قاضي خان»، كتاب البيوع، فصل فيما يدخل في بيع الكرم والأراضي (٢/ ٢٤٤).
(٣) انظر: «شرح الزيادات»، كتاب البيوع، باب من يبيع علو المنزل ثم ينهدم (٢/ ٧٣١).
(٤) أي: أن الشرب مال.

حتى لو ادَّعى رجلٌ شراءَ أرضٍ بشِرْبِها بألفٍ، فشهِد شاهدٌ بذلك، وسكتَ الآخَ
عن الشِّرْب: بطَلت شهادتُهما لاختلافهما في ثمن الأرض.

وفي رواية اختارها أهلُ بُخارَى، وهو **ظاهر الرواية**، لا يجوز للجهالة، لا لعد
كونه مالًا ولا تعامُل.

واختُلف أيضًا فيما لو قال: بعتُكَ هذه الأرضَ بألفِ درهم، وبعتُكَ شِرْبَها، ق
بعضهم: لا يجوز؛ لأن الشرب صار مقصودًا بالبيع. ولو قال: بعتُك الأرض بالف
وبعتُكَ شربَها بمائة، لا يجوز بلا خلاف؛ لأنه صار أصلا مقصودًا من كل وجه.

وفي «الفتح»: «بيعُ الشِّرب يجوز تبعًا للأرض إجماعًا فيما إذا كان الشر
شربَ تلك الأرض. وأما إذا كان شِرْبَ أرضٍ أُخرى، ففي صحته اختلافُ المشاي
والصحيح أنه لا يجوز مُفرَدًا، كبيع الشِّربِ يومًا أو يومين حتى تُزَاد نوبتُه. وجوَّ
مشايخ بلخ لتعامُلهم ذلك، والقياس يُترك بمثله»[1]، انتهى.

وأما بيع حقِّ التعلّي[2]، فلا يجوز؛ لأنه ليس بمالٍ أصلا؛ لعدم إمكان إفراز
فلا يجوز بيعُه مُنفرِدًا ولا مع السفل.

وأما بيع رقَبة المسيل، فلا يجوز؛ لأنها مجهولةٌ لجهالة قدرِ ما يُشغِله الماءُ،
إذا بيَّن طُولَها وعَرْضها، فحينئذ يجوز لزوال الجهالة.

فظهر الفرقُ بين حق التعلّي[3] وحقِّ الطريق، وبين رقَبة الطريق ور
المَسيل.

---

(١) «فتح القدير»، كتاب البيوع، باب البيع الفاسد (٦/ ٤٢٨).

(٢) في (ع): (السفلي).

(٣) في (ع): (السفلي).

وكلُّ ما يجوز بيعُه يجوز هِبتُه، وما فلا.

(ولا يُفرَدان)، أي: الشّرب وحقُّ المُرور، (بالبيع على الأظهر) من الروايتَين اللتَين ذكرناهما.

[فرع: لا كفَّارة في قتل الحَمْل]

(ومنها)، أي: الفروع، (لا كفَّارةَ في قتل الحَمْلِ) وجوبًا، بل نَدْبًا؛ لأن فيها معنى العقوبة، وقد عرفتَ أنها في النفوس المُطْلَقة، فلا يَتعدّاها. وهذا «إن خرج ميتًا، وإن حيًّا[1]: ففيه الكفَّارةُ»، «تنوير»[2].

[فرع: لا لِعانَ بنَفْي الحمل]

(ومنها: لا لعان بنَفْيه)؛ لأن قيامه عند النفي غيرُ معلوم لاحتمال كونه انتفاخًا. وقالا: يجب بنفيه اللِّعانُ إذا جاءت به لأقلِّ المُدَّة؛ لتحقُّق قيام الحملِ وقتَ النفي، فيصير قاذِفًا. وعنده: لا؛ لأنه «كأنّه قال لها: إن كنتِ[3] حاملا فكذا، والقذفُ لا يصِحُّ تعليقُه بالشرط»، «در»[4]. وكلامُه يشير إلى أنه لو قال لها: زنيتِ وهذا الحملُ منه، يتلاعنان»، «در»[5].

[مسائلُ خارِجةٌ عن القاعدة السابقة]

(وخرج عنها)، أي: القاعدة المذكورة، (مسائل):

---

(١) أي: خرج حيا، ثم مات.

(٢) «تنوير الأبصار» مع «الدر المختار»، كتاب الديات (ص ٧١٥).

(٣) في النسخ هنا زيادة قوله: (زنيتِ). وليست في «الدر»، ولعل الصواب حذفه، لأنه يريد أن حملها من الزنا، لا أنها زنت وهي حامل.

(٤) «الدر المختار»، كتاب الطلاق، باب اللعان (ص ٢٤٣).

(٥) «الدر المختار» (ص ٢٤٣).

[مسألة: يصِحُّ إعتاقُ الحمل دون أُمِّه]

(منها: يصِحُّ إعتاقُ الحمل دون أُمِّه)، أي: كما أنه دخل في إعتاق أمِّه يصح إعتاقُه دون أُمِّه، (بشرط أن تَلِدَه لأقلَّ من سِتَّة أشهُر) من وقت الإعتاق؛ لأنه تصرُّف في ملكه. وإنما لا يصح بيعُه ولا هبتُه لأن التسليم في الهبة والقُدرةَ عليه في البيع شرطٌ، ولم يوجد في الحمل، وأما الإعتاق فلا يُشترَط فيه ذلك.

ولا تعتِق الأُمُّ بعتقِه لعدم إضافة الإعتاق إليها، ولئلا يصير الأصلُ تبعًا للفرع.

فإن قيل: إذا لم تعتِقْ معه فلِمَ لا يجوز بيعُها كما تجوز هِبتُها؟ قلنا: لمَّا خرج الحملُ عن ملكه فيصير بيعُها كاستثناء الحمل، وهو بمنزلة الشرطِ الفاسد، يُفسِد البيعَ دون الهبة.

وإنما شُرط فيه الولادةُ لأقلَّ من سِتَّة أشهُر ليُعلم وجودُ الحمل في البطن حين إعتاقه؛ لأن الإعتاق لا يقع على المعدوم، حتى لو ولَدت لسِتَّة أشهُر أو أكثرَ منها [من][1] وقت إعتاقه: لم يعتِقْ؛ لعدم تيقُّن وجوده، إلا أن تكون الأَمَةُ مُعتدَّةَ الزوج عن طلاقٍ أو وفاةٍ، فتَلِدُه لأقلَّ من سنتَين من وقت الفراق، وإن كان أكثرَ من سِتَّة أشهُر من وقت الإعتاق؛ لأنه حينئذ يكون موجودًا حين أعتقَه؛ بدليل ثبوت نسَبِه، أو أن يكون حملُها تَوْأَمَين، جاءت بأوَّلِهما لأقلَّ من سِتَّة أشهُر، ثم جاءت بالثاني لسِتَّة أشهُر أو أكثر، فإنه يعتِق؛ لأنه كان محكومًا بوجوده حين أعتقَه.

---

(١) ما بين المعقوفتين زيادة مقدرة لاستقامة المعنى.

وهل يُشتَرط ولادةُ الحمل حيًّا بعد إعتاقه في وقوع العتق، كما شُرط ولادتُه لأقلَّ من ستة أشهر؟ ففي «البحر» أنه شرطٌ أيضًا[١].

وهل يصِحُّ إعتاقُه على مال؟ قالوا: يصِحُّ، لكنه لا يجب المالُ، لا على الحمل؛ لعدم أهلِيَّة الإلزام عليه، ولا على الأُمِّ؛ لأن اشتراطَ بدلِ العتق على غير المُعتَق لا يجوز[٢].

[مسألة: يصِحُّ إفرادُ الحمل بالوصِيَّة]

(ومنها)، أي: المسائل، (يصِحُّ إفرادُه)، أي: الحمل، (بالوصِيَّة) به لشخص دون أُمِّه، بشرطِ أن لا يكون الحملُ من المَولى فإنه لا يصِحُّ، (بالشرط المذكور)، أي: أن تَلِدَه لأقلَّ من ستة أشهُر من وقت الوصية، وقال بعضهم: من وقت موتِ المُوصِي، لكن قال في «الفتح»: «وأما توريثُه، والوصيَّةُ به وله، فلا تثبُت إلا بعد الانفصال، فتثبت[٣] للولد، لا للحمل. وأما العتق، فإنه يقبَل التعليق بالشرط، فعِتقُه مُعلَّقٌ معنًى»[٤]، انتهى.

وبه يُعلَم ما في كلام المُصنِّف.

قال شيخُنا: «صرَّح به في «الولوالجية»: قال: لو صالح أبو الحملِ عنه بما أُوصِي له لم يجُزْ؛ لأنه لا ولايةَ للأب عليه[٥]. قال في «الدر»: وبه عُلِم جوابُ حادثة

---

(١) انظر: «البحر الرائق»، كتاب العتق (٤/ ٢٥٠).

(٢) انظر: «البحر الرائق» (٤/ ٢٥٠).

(٣) في «فتح القدير»: (فيثبتان).

(٤) فتح القدير»، كتاب الطلاق، باب اللعان (٤/ ٢٩٤).

(٥) انظر: «الفتاوى الولوالجية»، كتاب الصلح، الفصل الأول فيما يجوز الصلح (٥/ ١٦).

الفتوى، وهي أن ليس للوصيِّ ولو مختارًا التصرُّفُ فيما وُقِفَ للحمل؛ لقولهم: إنه لا يَلِي ولا يُولَّى عليه»[1]، انتهى.

«وظاهر كلام «الهداية» أن الوصيَّ لا يملك التصرُّف في مال الحمل، ولم أر من صرَّح به، وهي واقعة الفتوى، وقد وقع الاستفتاءُ عما لو نصَب القاضي وصيًا على الحمل، هل يصِحُّ أم لا؟ وظاهر كلامهم يُفيد عدمَ الصحة»، «حموي»[2].

[مسألة: تصِحُّ الوصِيَّةُ للحمل]

(ومنها: يصح الإيصاءُ له)، أي: للحمل، أي: تصِحُّ الوصيةُ بشيءٍ له. ولو قال: تصِحُّ الوصيةُ له، لكان أظهر.

لا يقال: الوصية شرطُها قَبول المُوصَى له، والحمل ليس من أهل القبول، فلنا: للوصية شَبَهُ الهبة والميراث، فلشَبَهِها بالهبة يُشترَط لها القبول، كما في الهبة إذا أمكن، ولشَبَهِها بالميراث يسقُط، كما في الحمل إذا لم يمكن.

(ولو)، وصلية، (كان) الحملُ المُوصَى له (ولدَ دابَّةٍ)، حتى لو أوصى بثُلُث ماله لما في بطن فلانة، أو لما في بطن دابَّةِ فلان ليُنفَق عليه: صحَّتْ الوصية، كما في «القهستاني»[3] نقلا عن «شرح الطحاوي».

وإنما لم يقُلْ هنا: «بالشرط المذكور»؛ لأن في حمل الدابَّة لا يُعتبَر ذلك الشرط.

---

(١) «عمدة الناظر» لأبي السعود (ل/ ٢٢٨/ ب).

(٢) «غمز العيون» (١/ ٣٦٢).

(٣) قال في «جامع الرموز»، كتاب الوصايا (٢/ ٦٧٥): «وصحت لأحد به، أي: بالحمل مما في بطن دابة أو جارية، إذا لم يكن الجنين من السيد، كما في «شرح الطحاوي»».

[مسألة: يصِحُّ الإقرارُ للحمل]

(ومنها: يصِحُّ الإقرارُ له)، أي: للحمل، (إن بيَّن المُقِرُّ سببًا صالحًا)؛ لأن يكونَ الشيءُ المُقَرُّ به ملكًا للمُقِرِّ، كإرثٍ ووصِيَّةٍ، كأن يقول: مات أبوه فورِثَه، أو أوصَى به فلان الميِّتُ له، (ووُلِد) حيًا (لأقلَّ من سِتَّة أشهُر) من وقت ذلك السبب، كما «إذا كان أقلَّ منها[١] مُذْ مات المُورِّث أو المُوصِي فيما إذا كانت الأمُّ ذاتَ زوجٍ، أو لأقلَّ من سنتَين من وقت الفِراق إذا كانت مُعتدَّةً، فيكون المالُ له، وإن ولَدت ميِّتًا: يُرَدُّ المال إلى ورَثة المُورِّث أو المُوصِي»، كما في «الزيلعي»[٢].

وإن بيَّن سببًا غيرَ صالح للسبَبِيَّة، كبيعٍ وإقراضٍ وهبة، أو أبْهَم الإقرارَ ولم يُبَيِّنْ سببًا أصلا: لغَا الإقرارُ؛ لأن البيع والإقراض والهبة لا تُتصوَّر من الحمل، فيَلغُو[٣] عند أبي يوسف، ويَحمِله محمدٌ على الوصية تصحيحًا لكلام العاقل عن اللَّغْو مهما أمكن.

[مسألة: الحملُ يَرِث بشرط ولادته حيًّا]

(ومنها)، أي: المسائل الخارجة، (أنه)، أي: الحمل، (يَرِثُ) لكن (بشرطِ ولادتِه حيًّا) على الوجهَين السابقين في وقت الولادة؛ إذ الميِّت لا يَرِث.

[مسألة: يُورَث الحملُ وتُقسَم غُرَّتُه بين ورَثته]

(ومنها: أنه)، أي: الحمل، (يُورَث) إن وُلد حيًّا، فإن أُلقِي ميِّتًا: (فتُقسَم الغُرَّة)، وهي خمسُمائة درهم تجب على عاقلةِ مَن ضرَب بطنَها، (بين ورَثة الجَنين إذا ضُرِب بطنُها) فألقَتْه المرأةُ ميِّتًا.

---

(١) أي: ستة أشهر.

(٢) «تبيين الحقائق»، كتاب الإقرار (٥/ ١٢).

(٣) في هامش (خ): (فيلغو، أي: يبطل الإقرار، انتهى).

[مسألة: يصِحُّ الإقرار بالحمل]

(ومنهـا: يصِـحُّ الإقرارُ به)، سـواء كان حملَ جاريتِـه، وإن كان حملَها من غيره، أو دابَّتِـه، (وإن لـم يُبيِّنْ سـببًا صالحًا) لتعيُّنِ سـببه؛ إذ الحملُ لا يَملِـك بغير الوصية، (إذا جـاءت الجاريـةُ بـه لأقـلِّ المُدَّة)، وهي سِـتَّةُ أشـهُر، (فـي الآدَمِيِّ) فيما إذا كان الحمـلُ المُقَـرُّ بـه آدميًا، (وفي مُـدَّةٍ يُتصوَّر عند أهـل الخِبرة في البهائـم) فيما إذا كان الحملُ منها.

قال في وصايا «القهستاني»: «أقلُّ مُدَّة الحمل في الآدمي سِتَّةُ أشهُر، وفي الفيل أحدَ عشر شهرًا[1]، وفي الإبل والخيل والحمار سَنةٌ، وفي البقر تسعةُ أشهر، وفي الشاة خمسةٌ، وفي السِّنَّور شهران، وفي الكلب أربعون يومًا، وفي الطَّير أحد وعشرون يوما»[2]، انتهى.

لكن في «الجوهرة»: «أقلُّ مُدَّة الحمل في الحيوانات فيما سوى الشاةِ سِتَّةُ أشهُر، وفي الشاة أربعةُ أشهُر»[3].

[مسألة: يصِحُّ تدبيرُ الحمل، ويثبُت نسَبُه بالدَّعوة]

(ومنها: صحةُ تدبيره)، أي: الحمل.

(ومنها: ثبوتُ نسَبِه) بالدَّعوة. فلو قال لأمَته: إن كان ما في بطنكِ ولدٌ فهو منِّي فشهِدت امرأةٌ على الولادة لأقلَّ من ستَّة أشهُر مُذْ أقرَّ: فهي أمُّ ولدٍ؛ لأن سبب ثبوت

---

(١) كـذا فـي النسـخ. وفـي «جامـع الرمـوز»: (سـنة). وفـي هامـش (خ) معلقـا علـى قوله: (شهرا) (لعله سـنة).

(٢) «جامع الرموز»، كتاب الوصايا (٢/ ٦٧٥).

(٣) «الجوهرة النيرة»، كتاب الإقرار (١/ ٢٥٦).

النسب، وهو الدِّعوة، قد وُجِد من المَولى بقوله: «فهو مِنِّي»، «وإنما الحاجة إلى تعيين الولد، وهي تثبُت بشهادة النساء اتفاقا»، كما في «الدرر»[١].

(فقولُ صاحب «الهداية») في باب اللِّعان في مسألة: «إن قال لها: زنَيتِ، وهذا الحملُ من الزنا: تلاعَنا، ولم يَنفِ القاضي الحملَ. وقال الشافعي رحمه الله تعالى: ينفيه؛ لأنه عليه السلام نفى الولدَ عن هِلال، وقد قذَفها حاملا. ولنا: (أن الأحكام لا تَرتَّب على الحمل قبل وَضْعِه)؛ لتمكُّن الاحتمال قبله، والحديثُ محمولٌ على أنه عليه الصلاة والسلام عرَف قيامَ الحمل بالوحي»[٢].

(ليس على إطلاقه)، خبرٌ لقوله: «قول»، (لما علمتَ) مما تقدَّم (من ثُبوت بعض الأحكام له)، أي: الحمل، (قبله)، أي: الوضع.

(فالمرادُ) بقول صاحب «الهداية»: «إن الأحكام لا تترتَّب... إلخ»، (بعضُها)، فالجمعُ المُستغرِق من باب الكلِّ، لا الكُلِّية. وقيل: المرادُ بالأحكام أحكامُ اللعان؛ إذ لا يخفى عليه مثلُه، (كما أُشِير إليه)، أي: إلى كون المراد البعض، (في «العناية»[٣]).

[مسألة: لو قال المديونُ: تركتُ الأجلَ، أو أبطَلتُه]

(وخرَج عنها أيضًا)، أي: كالمسائل المُتقدِّمة الخارجة، وإنما غيَّر الأُسلوبَ إشارةً إلى الانتقال من نوعِ مسائلِ الحمل إلى نوعٍ آخر، (ما لو قال المديونُ) في الدَّين المُؤجَّل: (تركتُ الأجلَ[٤]، أو أبطَلتُه، أو جعلتُ المالَ)، أي: الدَّين، (حالًّا:

---

(١) انظر: «درر الحكام»، كتاب الدعوى، باب دعوى النسب (٢/ ٣٥٣).

(٢) «الهداية» مع «فتح القدير»، كتاب الطلاق، أواخر باب اللعان (٤/ ٢٩٣ـ ٢٩٤).

(٣) انظر: «العناية شرح الهداية»، كتاب الطلاق، باب اللعان (٤/ ٢٩٤).

(٤) في هامش (ع): (ونقل البيري عن «الذخيرة» روايتين في ما لو قال: تركت الأجل، قيل: لا يبطل، وقيل: يبطل، وكأن المصنف رجح الرواية الثانية، انتهى).

فإنه يبطُل الأجلُ، كما في «الخانية»[١] وغيرها، مع أنه)، أي: الأجل، (صِفةٌ للدَّين).

قال البيري: «نصَّ علماؤُنا على أن الأجل ليس وصفًا للدَّين؛ لأنه لا يثبُت إلا بالشرط. وقال الحصيري: الأجل ليس بوصفٍ للدَّين، وكيف يكون وصفًا له وهو حقُّ مَن[٢] عليه المال؛ ألا ترى أنه بعد حُلول الأجل يبقى المال على ما كان، وكذا في «الزيلعي»»[٣]، انتهى.

(والصفةُ تابعةٌ لمَوصُوفها، فلا يُفرَد بالحكم)، يعني: ينبغي أن لا يُفرَد بحكم الإسقاط.

«ولو قال هذا المديونُ: لا حاجةَ لي في الأجل، أو قال: برِئْتُ من الأجل، فالمال مُؤَجَّلٌ على حاله، ولو قضاه قبل أجَلِه: برِئَ. وليس للطالب أن يأبَى القبول. ولو ردَّه بالزُّيوفة: عادَ الأجلُ. ولو اشترى منه شيئًا بالدَّين المُؤَجَّل؛ ثم ردَّه بعيب بقضاءٍ: عاد الأجل، ولو تقايَلا: لا يعود، ولو كان بهذا الدَّين كفيلٌ: لا تعود الكفالةُ في الوجهين»، كما في المُداينات من «حاوي المنية» وبيوع «الخانية»[٤].

[مسألة: يصح إسقاط الدائن حق الجودة من دينه]

(ومما خرج عنها: لو أسقَط) الدائنُ (الجَوْدةَ) من دينه، (فإنه يصِحُّ؛ لأنها)، أي: الجودة، (حقُّه)، أي: الدائن، (كما في)، مدخولُ «في» لم يُوجَد في نسخة المُصنِّف، وموضعُه بياضٌ خالٍ، فكأنَّ المصنِّف حرَّرها قبل أن يَجِدَ محلَّها، فألحَق، فأبقى موضعَه للإلحاق، ثم لم يَتيسَّر له ذلك، كما سبق مثلُه.

---

(١) انظر: «فتاوى قاضي خان»، كتاب البيوع، فصل في الأجل (٢/ ٢٦٩).

(٢) في النسخ: (وهو لمن). والمثبت من «عمدة ذوي البصائر».

(٣) انظر: «عمدة ذوي البصائر» (١/ ٣٠٧ـ٣٠٨).

(٤) انظر: «فتاوى قاضي خان»، كتاب البيوع، فصل في الأجل (٢/ ٢٦٩).

ثم إسقاطُ الجودة بقبول الرديء برضاه مكانَ الجيِّد ثابتٌ لا ريب فيه. وأما إسقاطها مع بقاء الدَّين، بحيث لا يقدر على عدم قبول الرديء، فلم أظفَرْ به، إلا في مسألة الصلح عن ألفٍ جيادٍ على خمسِمائة زُيوف لأجله، فإن فيه حطًّا لبعض الدَّين مع إسقاط وصفِ الجودة، كما قالوا.

[مسألة: يصِحُّ إسقاطُ الدائن حقَّه في حَبْس الرَّهن]

(ومما خرج عنها أيضًا: لو أسقَط) الدائنُ (حقَّه في حَبْس الرَّهن، قالوا: يصِحُّ) ذلك الإسقاط[1]، (ذكره العمادي في «الفصول»)، وسينقُله عنه وعن «جامع الفصولين» في الفنِّ الثالث، في مباحث ما يَقبَل الإسقاطَ من الحقوق وما لا يقبل.

[مسألة: يصح إبراءُ الطالبِ الكفيلَ]

(ومنها)، أي: المسائل الخارجة، (الكفيل لو أبرَأه الطالب: صحَّ، مع أن الرهنَ والكفيل تابعان) للدين، (وهو)، أي: الدَّين، (باقٍ).

وقد كان مقتضى القاعدة المذكورة أن لا يصِحَّ كلٌّ منهما.

«قيل عليه: إن الكفيل ليس بتابع للدين، بل للأصيل، بخلاف الرهن، فكيف

---

(١) في هامش (خ): (قوله: يصح ذلك الإسقاط، فيجوز للراهن الانتفاع بالسكنى والاستخدام، ولكن لو هلك في يده لا يسقط شيء من الدين، ويمنع الراهن من تصرفه فيه ببيع أو رهن؛ لأن للمرتهن الرجوع، وبرجوعه يعود ضمانه؛ لبقاء العقد إلا في حكم الضمان للحال. فالحاصل أنه إذا أعاره من الراهن، أو من أجنبي: خرج عن الضمان، فلو هلك في يد المستعير هلك مجانا، فلا يسقط من الدين شيء، وله أن يرده رهنا بحاله. والأصل في ذلك أن الضمان ينعدم بيد العارية ولا يرتفع عقد الرهن، فإن مات الراهن قبل رده: فالمرتهن أحق به من سائر الغرماء؛ لبقاء حكم الرهن. وكالإعارة الوديعة، بخلاف البيع والإجارة والهبة. والرهن من العقود اللازمة، فإنها تبطل عقد الرهن، بخلاف الغير اللازمة، هذا هو الأصل، فليحفظ، انتهى من «الملتقى» و«شرحه»).

يَعطِفُه عليه، فإنه يقتضي المُشارَكة في التبَعِيَّة؟ ويمكن أن يقال: الكفيل لما كان يمكن أن يَستوفِي منه الدَّين مثلَ الرهن: جُعِل تابعًا للدَّين»[1].

وقيل: يَرِدُ عليه أيضًا أنهم اختلفوا في الكفالة، هل هي عبارةٌ عن ضمِّ ذِمَّةٍ إلى ذِمَّةٍ في المُطالَبة أو في الدَّين؟ فذهب أكثر أصحابنا إلى الأوَّل، وهو المختار، واختار الشافعيُّ الثاني. ودليلُنا: أن الكفالة كما تصِحُّ في المال تصح في النفس، فلو كانت عبارةً عن ضمِّ ذِمَّةٍ إلى ذمَّة في الدَّين: لزم أن يكون الواحدُ[2] دينَين؛ لأن الدَّين بعد الكفالة باقٍ في ذمَّة الأصيل، لزم[3] تعدُّدُه.

وكلام المصنِّف إنما يَتمشَّى على القول المرجوح، يدلُّ عليه قوله: «تابعان للدَّين»؛ لأن الأصل المتبوع على الصحيح هو المُطالَبة، ويدل عليه أيضًا قولُه: «ووافَقنا الشافعيةُ... إلخ»، مع أن مذهبهم هو المذهب المرجوحُ عندنا.

(ووافَقنا الشافعيةُ في الرهن والكفيل، وخالَفُونا في الأجل والجَوْدة)، قيل: إن الشافعي لم يُخالِف في سُقوط الأجل، بل إنما خالف في انقلابه صحيحًا بعد انعقادِه فاسدًا، **(فارِقِين)** بين الأجل والجودة، وبين الرهن والكفيل، **(بأن شرطَ القاعدة)** التي هي التابع لا يُفرَد بالحكم، **(أن لا)** يكون الوصفُ التابع **(مما يُفرَد)**، أي: يصح إفرادُه، **(بالعقد)**، بل يوجد ضِمْنًا وتبَعًا، **(فإن أُفْرِد)** أي: صح إفرادُه بالعقد، **(كالرهن والكفيل)**، فإنهما قد يكونان بعد عقد المُدايَنة: **(أُفرِد بالحكم)**، أي: صح أن يُفرَد به.

---

(١) انظر: «غمز العيون» (١/ ٣٦٣).

(٢) أي: الدين الواحد.

(٣) كذا في النسخ، ولعل الصواب: (فلزم).

وفيه: أن التأجيل يصِحُّ أن يُفرَد، فإن الدَّين غيرُ القرض يصِحُّ تأجيلُه بعد ما كان العقد حالًا، فلا يَتِمُّ الفرقُ المذكور.

[القاعدة الثانية: التابع يسقُط بسُقوط المتبوع]

(الثانية) من القواعد الداخلة في القاعدة الرابعة: (التابع يسقُط بسُقوط المتبوع).

[فرع: لا يقضِي السُّننَ الرَّوَاتب لفريضةٍ لا يجب قضاؤُها]

(ومنها)، أي: فروع هذه القاعدة، (مَن فاتَتْه صلَوَاتٌ في أيام الجُنون)، ثم أفاقَ، (وقُلنا بعدم وجوب القضاء عليه، لا يقضِي سُنَنَها الرَّوَاتب).

مفهومُه: أنه لو قلنا بوجوب القضاء عليه، كما إذا لم يمتَدَّ الجُنون: يجب عليه قضاءُ السُّنَن الرَّوَاتب، مع أنه لا يُقضَى منها غيرُ سُنَّة الفجر قبل دخول وقت الظُّهر.

[فرع: فائتُ الحجِّ إذا تحلَّل بعمرة، ليس عليه رَمْيٌ ولا مَبِيتٌ]

(ومنها: من فاتَه الحجُّ) بفَوَات الوقوف بعرفة، (وتحلَّل بأفعال العُمرة) من الطواف والسعي، (لايأتي بالرَّمْي)، أي: رَمْيِ الجِمار الذي هو واجب، (والمَبِيت بمُزدلِفة) الذي هو سُنَّةٌ عندنا؛ (لأنهما)، أي: الرميُ والمَبيتُ، (تابعانِ) للوقوف بعرفة، (وقد سقَط) الوقوفُ بعرفة، فيسقُط تابعاه.

[فرع: لو مات الفارسُ سقَط سَهْمُ الفرَس، لا عكسُه]

(ومنها: لو مات الفارِسُ) من غُزَاة المسلمين قبل إخراج الغنيمة إلى دار الإسلام: (سقط سَهْمُ الفرَس)، أي: سقَط من سهمه ما زاد على سهم الراجِل بسبب الفرس؛ لكون الفرس تابعًا له، (لا عكسُه)، يعني: لو دخل دارَ الحرب فارسًا، فمات

فرسُه وقاتَل راجلا: استحقَّ سهمَ الفارس؛ لأن المُعتبَر في الفارس والراجل مُجاوزةُ الدَّرْب، كما في «النهاية»[١].

[مسائلُ خارِجةٌ عن القاعدة]

[مسألة: عدم سقوط ما فُرض لأولاد مَن له حقٌّ في الديوان تبَعًا بموت الأصل]

(وخرج عنها)، أي: هذه القاعدة، (مَن له حقٌّ في دِيوان الخَراج، كالمُقاتلة، والعلماء، وطلَبتهم، والمُفتِين، والفقهاء: يُفرَض لأولادهم تبَعًا)؛ لأنهم لو لم يُفرَض لهم[٢] لاحتاجوا إلى الاكتساب لأولادهم، فلا يَتفرَّغون لأعمال المسلمين، (ولا يسقُط ما فُرض لأولادهم بموت الأصل ترغيبًا. وقد أوضَحناه في «شرح الكنز»).

قال فيه: «اعلم أن ظاهر المُتون أن الذَّراريَّ يُعطَون بعد موت آبائهم كما يعطون في حياتهم، وتعليلُ المشايخ بأن الآباء عمَلةُ المسلمين، ونفقة الذراري على الآباء، فلو لم يُعطَوا كفايتَهم لاحتاجوا إلى الاكتساب: يدلُّ على أنه مخصوصٌ بحال حياةِ آبائهم، ولم أرَ نقلا صريحا في الإعطاء بعد موت آبائهم حالَ الصِّغر»[٣]، انتهى، يعني: ولا نقلا صريحًا في عدم الإعطاء.

---

(١) في هامش (ع): (لكن فيه بأنه تعتبر في الاستحقاق مجاوزة الدرب، أي: الانفصال من دارنا، فإن جاوزه فارسا فله سهمان، وإلا فسهم ولو اشترى فرسا بعد المجاوزة. ولو غصب فرسه قبل دخوله أو ركبه آخر، أو نفر ثم أخذه: فله سهمان، لا لو باعه ولو بعد تمام القتال: فإنه يسقط في الأظهر «فتح»، وأقره المصنف. وفي «التبيين» و«القهستاني» ما يخالفه، قال: ولو باعه وقت القتال فراجل على الأصح، وبعد القتال فارس بالاتفاق، تأمل).

(٢) في هامش (خ): (قوله: لهم، أي: لأولادهم، أي: أولاد من ذكروا، وهم المقاتلة وما عطف عليهم كما لا يخفى).

(٣) انظر: «البحر الرائق»، كتاب السير، باب العشر والخراج، فصل في الجزية (٥/ ١٢٧).

فإذا تعارَضت ظواهرُ المُتون مع تعليل المشايخ، أيُّهما يُرجَّح؟ وظاهرُ كلام المُصنِّف هنا، حيث جزَم بعدم سقوط ما فُرض لهم بعد موت آبائهم ترجيحُ ظواهرِ المتون، فليُتأمَّل.

[مسألة: يلزم الأخرس تحريكُ اللِّسان بتكبيرة الافتتاح، دون القراءة]

(ومما خرج عنها)، أي: القاعدة، (الأخرس يلزَمه تحريكُ لسانه في تكبيرة الافتتاح والتلبية على القول المُفتَى به)، يشير به إلى أنه على غيره[1] لا يلزمه تحريكُ لسانه فيهما. قال في «شرح المُنية»: «إنه لا يجب عليه تحريكُ اللِّسان عندنا، وهو الصحيح»[2]. وفي «المحيط»: «الأخرسُ والأُمِّيُّ افتتَحا بالنيَّة: أجزَأهما؛ لأنهما أتَيا بأقصى ما في وُسْعِهما».

(وأما تحريكُه) لسانَه (بالقراءة، فلا) يلزم (على المختار)، فلم يسقُط عنه تحريكُ لسانه في تكبيرة الافتتاح (مع أن المتبوع قد سقَط، وهو)، أي: المتبوع، (التلفُّظ بهما).

[مسألة: وجوب إجراء الموسى على رأس الأقرع]

(ومنها)، أي: المسائل الخارجة، (إجراءُ المُوسى)، أي: إمرارُه، (على رأس) الحاجِّ (الأقرع) إن لم يكُن عليه قُروحٌ، وإن كان عليه قُروحٌ يَضُرُّه إجراؤُه: سقط الإجراء، كما يسقُط المتبوع، وهو الحَلْق، (وأنه)، أي: الإجراء، (واجبٌ على المختار).

---

(١) أي: غير المفتي به.

(٢) عبارة «حلبة المجلي»، فرائض الصلاة، تكبيرة الافتتاح (٢/ ٨-٩): «أما العاجز كالأخرس، فيجوز افتتاحه بالنية؛ لأنه أتى بأقصى ما في وسعه، ولا يجب عليه مع ذلك تحريك لسانه عندنا، وهو الصحيح من قول أحمد، خلافا للشافعي».

[قاعدةٌ أخرى: يسقُط الفرعُ إذا سقَط الأصل]

(تنبيه: ويقرُب من ذلك)، أي: من قولهم: التابع يسقُط بسُقوط المتبوع، قولُهم: (يسقُط الفرعُ إذا سقَط الأصلُ)، فإن الفرع والتابع شيئان مُتقارِبان، كما أن الأصل والمتبوع كذلك.

[فرع: إذا برِئ الأصيلُ برئ الكفيل]

(ومن فروعه)، أي: قولهم: «يسقُط... إلخ»، (قولُهم: إذا برِئ الأصيلُ برِئ الكفيلُ، بخلاف العكس)، أي: إذا برئ الكفيلُ: لا يَبْرَأُ الأصيل.

وخرج عنه ما في كفالة «الخانية»: «رجلٌ قال لجماعة: اشهَدوا أنّي قد ضمِنتُ لهذا الرجل بالألف التي [له] على فلان، ثم إن المديون أقام البيِّنة أنه قد كان قضاه قبل أن يضمَن الكفيلُ: قُبلت بيِّنتُه، وبرِئ المديونُ عن دين الطالب، ولا يَبرأ الكفيلُ؛ لأن قول الكفيل ذلك كان إقرارًا منه بالدَّين عند الكفالة، فلا يبرأ الكفيلُ. ولو أقام المديونُ بيِّنةً على القضاء بعد الكفالة: يَبْرَأ المديونُ والكفيل جميعًا»[1]، انتهى.

[مطلب: قد يثبُت الفرعُ وإن لم يثبُت الأصل]

(وقد يثبُت الفرعُ وإن لم يثبُت الأصل).

[فرع: قال: لزَيدٍ على عمرو ألفٌ وأنا ضامنٌ به، وأنكَر عمروٌ]

(ومن فروعه: لو قال: لزَيدٍ على عمرو ألفٌ وأنا ضامنٌ به، فأنكر عمروٌ ذلك: (لزِم) الألفُ (الكفيلَ إذا ادَّعاها)، أي: الألف، (زيدٌ، دون الأصيل، كما في «الخانية»)، وعبارتُه ما ذكرناها آنفًا.

---

(١) «فتاوى قاضي خان»، كتاب الكفالة والحوالة، فصل في الكفالة بالمال (٣/ ٦٦ ـ ٦٧).

[فرع: ادعى الزوجُ الخُلْعَ وأنكَرت المرأةُ]

(ومنها)، أي: من فروع ثبوت الفرع مع عدم ثبوت الأصل، (لو ادَّعى الزوجُ الخُلْعَ) على مالٍ، (فأنكَرت المرأةُ) الخُلعَ: (بانَتْ) منه بمُوجب إقرارِه، (ولم يثبُت المالُ الذي هو الأصلُ في الخُلع) ما لم يُوجَد له بيِّنة.

[فرع: قال: بعتُ عبدي من زيد فأعتقَه، وأنكَر زيدٌ]

(ومنها)، أي: الفروع المذكورة، (لو قال: بعتُ عبدي من زيدٍ) بكذا، (فأعتقَه زيدٌ، (فأنكَر زيدٌ) الشِّراءَ: (عتَق العبدُ) بموجب إقرارِ المولى ببيعِه، وهو مُتضمِّنٌ لصحة عتقِه، (ولم يثبُت المالُ) الذي هو الثمنُ على زيدٍ ما لم يُقِمْ بيِّنةً عليه.

[فرع: قال: بعتُ العبدَ من نفسه، فأنكَر العبدُ البيعَ]

(ومنها: لو قال: بعتُه)، أي: العبدَ، (من نفسه، فأنكَر) العبدُ البيعَ: (عتَق بلا عِوَض)؛ لأن بيعَ العبدِ من نفسه إعتاقُه على ذلك المال، فلزم العتقُ بموجب إقراره، ولم يلزم المالُ لكونه إقرارًا على الغير.

[القاعدة الثالثة: التابع لا يَتقدَّم على المتبوع]

(الثالثة) من القواعد الداخلة: (التابع لا يَتقدَّم على المتبوع).

[فرع: لا يصِحُّ تقدُّم المأموم على إمامه في تكبيرة الافتتاح، ولا في الأركان]

(فلا يصِحُّ تقديم المأموم على إمامه) لكونه تابعًا له (في تكبيرة الافتتاح)، حتى «لو قال المُقتدي: الله أكبر، ووقع لفظُ الجلالة مع الإمام، و«أكبر» قبلَ قولِه ذلك، قال الفقيه أبو جعفر: الأصحُّ أنه لا يصير شارعًا عندهم»، كما في «الخلاصة»[1].

---

(١) انظر: «خلاصة الفتاوى»، كتاب الصلاة، الفصل التاسع في التكبير (١/ ٨٣ ـ ٨٤).

وقال فيها: «وإذا لم يعلم المُؤتَمُّ، أكبَّر قبل الإمام أو بعده، ذكر المسألة في «الهارونيات»، وجعلها على ثلاثة أوجُه: إن كان أكبَرُ رأيِه أنه كبَّر مع الإمام: يجزئه، وإن كان أكبَرُ رأيه أنه كبَّر قبله: لا يُجزئه، وإن استوى الظنَّان: يُجزئه»[١]، انتهى.

ثم «الأفضل عند الإمام أن يُكبِّر المُؤتَمُّ مع الإمام؛ لأنه شريكُه، وحقيقةُ المُشارَكة في المُقارَنة. وعندهما: الأفضل أن يُكبِّر بعده؛ لأنه تابعٌ له»، كما في «الدُّرَر»[٢].

(ولا يصِحُّ) أيضًا **(تقدُّمُه عليه في الأركان)**، لكن **(إن انتقَل)** عنها **(قبل مُشارَكة الإمام)** إيَّاه فيها، وإن انتقَل قبل المشاركة فهو جائزٌ مع الكراهة.

(وفرَّع عليه)، أي: على عدم جواز تقدُّمِه في الأركان **(قاضي خان في «الفتاوى» ما إذا سبَق إمامَه في الرُّكوع والسُّجود في)** الصلاة **(الرُّباعية)**.

وليس قيدُ الرباعية احترازيًّا؛ إذ الحكم في الثُّنائية والثُّلاثية أيضًا كذلك، بل لأن قاضي خان صوَّر المسألة في الرُّباعية، حيث قال: «المقتدي إذا أتى بالرُّكوع والسجود قبل الإمام، هذه المسألة على خمسة أوجُه: إما أن يأتي بالركوع والسجود قبل الإمام[٣]، أو بعد الإمام، أو أتى بالركوع قبل الإمام وسجَد معه، أو أتى بالرُّكوع

---

(١) الذي وجدته في «خلاصة الفتاوى»، كتاب الصلاة، الفصل التاسع في التكبير (١/ ٨٤): «وأجمعوا على أن المقتدي لو فرغ من قوله: الله، قبل فراغ الإمام عن ذلك: لا يكون شارعا في الصلاة في أظهر الروايات. وفي «التجريد»: إذا مد الإمام التكبير، وحذف رجل خلفه، ففرغ قبل الإمام: لم يجز، كذا روي عن أبي حنيفة رحمه الله». وفيها أيضا في (١/ ٨٦): «ووقت التكبير عند أبي حنيفة، وهو قول زفر رحمهما الله: مع الإمام، وعندهما بعدما فرغ الإمام».

(٢) «درر الحكام»، كتاب الصلاة، باب صفة الصلاة (١/ ٦٦).

(٣) في (هامش (خ)): (قوله: قبل الإمام، أي: في كل الركعات).

مع الإمام وسجَد قبله، أو أتى بالركوع والسجود قبل الإمام ثم يُدرِكُه الإمامُ في آخِرهما في الرَّكَعات كلِّها.

فإن أتى بالسجود والركوع قبل الإمام في الرَّكَعات كلِّها: يجب عليه أن يُصلِّي ركعةً واحدةً بغير قراءةٍ، ويُتِمَّ صلاته؛ لأن السجود والركوع في الركعة الأُولى قبل الإمام لم يقَعا معتبَرَين[1]، فلما فعل كذلك في الركعة الثانية: انتقل الركوعُ والسجود إلى الركعة الأُولى، فتصير ركعةً تامَّة، وكذلك الركوع والسجود في الركعة الثالثة ينتقِل إلى الثانية، وتصير ركعتان، وينتقل ما في الرابعة إلى الثالثة فتصير ثلاثَ ركَعات، بقيت الرابعةُ بغير ركوع وسجود، فيصلي ركعةً بغير قراءةٍ، ويُتِمُّ صلاته.

أما إذا ركع مع الإمام وسجَد قبله: يجب عليه قضاءُ ركعتَين؛ لأنه لما ركع في الأُولى مع الإمام اعتُبِر ركوعُه، فإذا سجد قبل الإمام: لم يُعتبَرْ سجودُه، ثم لما ركع في الثانية مع الإمام وسجَد قبله: انتقلت السجدةُ من الثانية إلى الأُولى، فصارت ركعةً، وبطلت الركعة الثانيةُ لأنها بقِيت قيامًا وركوعًا بلا سجود، ثم لما ركع في الثالثة مع الإمام وسجد قبله: لم تعتبر هذه السجدة، فإذا فعل في الرابعة كذلك: انتقلت السجدةُ من الرابعة إلى الثالثة، وبطل الركوعُ في الرابعة، فتصير في الحكم ركعتَين، فيجب عليه قضاءُ ركعتَين بغير قراءة.

أما إذا ركع قبل الإمام وسجد معه: يجب عليه قضاءُ أربع ركعاتٍ بلا قراءة؛ لأن السجود مع الإمام لا يعتبر إذا لم يتقدَّمْه ركوعٌ، فيلزمه أربعُ ركعات.

وإن أدركه الإمامُ في الركوع والسجود في آخرهما: يجوز؛ لأنه أتى بما هو الواجب، لكنه يُكره.

---

(١) في النسخ: (لم تقع معتبرة). وفي «الخانية»: (لم يقع معتبرا). وفي هامش (خ): (قوله: لم يقعا معتبرين، أصل النسخ: لم تقع معتبرة، فأصلحتها إلى ما ترى، انتهى).

وإن ركع بعد الإمام وسجد بعده: جازت صلاتُه»[1]، انتهى.

[القاعدة الرابعة: يُغتفَر في التوابع ما لا يُغتفر في غيرها]

(الرابعة) من القواعد الداخلة: (يُغتفر في التوابع ما لا يُغتفر في غيرها).

(وقريبٌ منها)، أي: هذه القاعدة، (يُغتفر في الشيء ضِمْنًا ما لا يغتفر فيه قَصْدًا). ووجهُ القُرب: أنه لا يَبعُد أن يُعَدَّ ما في ضِمْن الشيءِ تابعًا له.

وقد يُغتفَر في الشيء قَصْدًا ما لا يغتفر فيه ضمنا، عكس ما ذكره المُصنِّف.

ألا يُرى[2] أنه لو شهِدا على الزوجة بوجوب المال عليها لزوجها بسبب الخُلع: لم يثبت؛ لأن إثبات المال قصدًا يفتقِر إلى الدعوى، ولم توجد. ولو شهدا عليها بالخُلع، وهما يُنكِرانه، وقُضِي بالحرمة: يثبُت المال ضِمْنًا، كما في دعوى «حاوي المنية».

ولم يذكُر المصنف فرعًا لهذه القاعدة الرابعة، ولا لما هو قريبٌ منها، بل ذكر أحكامًا ضمنيَّة مع قطع النظر عن الاغتفار، فقال:

[فروعٌ لما يثبُت ضِمنًا، ولا يثبُت قصدًا]

(وفي الفصل التاسع والثلاثين من «جامع الفصولين» فيما يثبُت ضِمْنًا وحكمًا، ولا يثبُت قصدًا):

---

(١) «فتاوى قاضي خان»، كتاب الصلاة، فصل فيمن يصح الاقتداء به (١/ ٩٨).

(٢) في هامش (خ): (قوله: ألا يرى... إلخ. ظاهره أنه تنوير لما ذكره من العكس، وليس كذلك، بل هو من قبيل ما ذكره المصنف، وهو الاغتفار ضمنا، لا قصدا، فإذا قضي بالخلع ثبت المال في ضمنه، ولا يجوز إثباته قصدا؛ لتوقفه على الدعوى، تأمل، والله أعلم، انتهى).

[فرع: يملك المُعتِق المُوسِر نصيبَ شريكِه الساكت بالضمان، لا بالشراء]

(منه)، أي: مما ثبت ضمنًا ولم يثبُتْ قصدًا، (قِنٌّ لهما)، أي: الشريكَين، (أعتقَه)، أي: أعتق نصيبَه منه، (أحدُهما، وهو)، أي: المُعتِق، (مُوسِر)، فللآخَر أن يُعتِق أو يُدبِّر أو يُكاتِب أو يَستسعَى، ويكون الولاءُ لهما، وله أن يُضمِّن المُعتِق، ويرجع المُعتِق به على العبد. وأما إن كان المُعتِق مُعسِرًا، فليس للآخر فيه التضمين، والمقصود هنا يَترتَّب على التضمين، ولذا قيَّده بكونه مُوسِرًا.

(فلو شرى المُعتِق نصيبَ الساكت: لم يجُزْ)؛ لأنه من قَبيل الجمع بين حُرٍّ وعبد في البيع، وذا لا يجوز، (ولم يتمكَّن الساكتُ من نقل ملكِه) بطريق من طُرق النقل (إلى أحد)، مُعتِقًا أو غيرَه، وكذا لا يَتمكَّن من إبقاء ملكه على ما كان، بل له الخياراتُ الأربع المُتقدِّمة، (لكن لو) اختار التضمينَ، و(أدَّى المُعتِقُ الضمانَ إلى الساكتِ: ملَك) المُعتِقُ في ضمن الضمان (نصيبَه)، أي: نصيب الساكت، ولهذا يكون الولاءُ له وحده، وهذه فائدتُه.

[فرع: يملك الغاصبُ العبدَ الآبِقَ بالضمان، لا بالشراء]

(ومنه)، أي: من ذلك أيضا، (غصَب قِنًّا، فأبَق القِنُّ من يده، وضمَّنه المالكُ: ملَكه الغاصبُ) وقتَ إباقِه مستندًا إلى وقت الغصب في حق الكسب دون حق الأولاد، كما في غصب «البزازية»[1]. (ولو اشتراه) الغاصب منه (قصدًا: لم يجُزْ)؛ لأنه غيرُ مقدور التسليم، وهو شرطٌ في صحة البيع دون الغصب.

[فرع: ينتقِض نكاحُ الفُضوليِّ بنَقْضِه الفعليِّ، لا القوليِّ]

(ومنه) أيضًا: (فُضوليٌّ زوَّجه امرأةً برضاها، ثم الزوجُ وكَّله بعده)، أي: تزويج

---

(١) انظر: «الفتاوى البزازية»، كتاب الغصب، آخر الفصل الثالث في مسائل الضمان (٦/ ١٩٤).

الفُضولي، (بأن يُزوِّجَه امرأةً) بغير عينها، (فقال: نقضتُ ذلك النكاحَ)، يعني: النكاحَ الأوَّل، (لم ينتقِضْ) بنَقْضِه القوليِّ القصديِّ؛ لأن الفضولي لا يملك الفسخ في النكاح قبل الإجازة، ويَملكه في البيع؛ لأن الحقوق فيه ترجع إليه فيَتضرَّر، بخلاف النكاح، فإنها ترجع إلى المُوكِّل، والوكيل في النكاح الموقوف[1] يملك الرجوعَ قولا وفعلا.

(ولو لم ينقُضْه قولا، ولكن زوَّجه بعد ذلك إياها)، أو زوَّجه أختَها، كما في «الذخيرة»[2]: (انتقَض النكاحُ الأوَّل).

قال في «الخانية»: «العاقدون في الفسخ أربعةٌ:

عاقدٌ لا يملك الفسخ قولا ولا فعلا، وهو الفُضولي إذا زوَّج رجلا امرأةً بغير أمره، ثم قال: فسَختُ، لا ينفسِخ، وكذا لو زوَّجه أختَ تلك المرأة: يتوقَّف الثاني ولا يكون فسخًا للأوَّل.

وعاقدٌ يفسَخ بالقول ولا يفسَخ بالفعل، وهو الوكيل، وكَّله ليُزوِّجه امرأةً بعينها[3]، فزوَّجه تلك المرأة، وخاطَب عنها فُضوليٌّ، أي: زوَّجها بغير إذنها، فإن هذا الوكيل يملِك الفسخَ بالقول. ولو زوَّجه أختَ تلك المرأةِ: لا ينفسخ العقدُ الأوَّل.

---

(١) في هامش (خ): (قوله: والوكيل في النكاح الموقوف... الخ. فإذا وكله أن يزوجه امرأة، فزوجه امرأة بالغة بغير إذنها، ثم نقضه الوكيل قولا: صح، أو فعلا، بأن زوجه أختها، فكذلك، وسيأتي هذه في «الشرح»).

(٢) انظر: «الذخيرة البرهانية»، كتاب النكاح، الفصل الرابع في بيان ما يكون إجازة للنكاح وما لا يكون (٣/ ٢٤٦).

(٣) في النسخ غير (خ): (بغير عينها). والمثبت من «الخانية». وفي هامش (خ): (قوله: بعينها، أصل النسخ: بغير عينها، فأصلحتها إلى ما ترى).

وعاقدٌ يَملِك الفسخَ بالفعل، لا بالقول. وصورتُه: رجل زوَّج رجلا امرأةً بغير أمره، ثم إن الزوج وكَّله أن يُزوِّجه امرأةً بغير عينها، فزوَّجه أختَ تلك المرأة: ينفسخ نكاحُ المرأة الأُولى، ولو فسخ ذلك العقدَ بالقول: لا يصح[١] فسخُه.

وعاقدٌ يملك الفسخَ بالقول والفعل جميعا. وصورته: رجل وكَّل رجلا ليُزوِّجه امرأةً بغير عينها، فزوَّجه امرأةً، فخاطب عنها فُضوليٌّ، فإن فسخ الوكيلُ ذلك العقدَ: صحَّ فسخُه، ولو زوَّجه أختَ تلك المرأة: ينفسِخ العقد الأوَّل»[٢]، انتهى.

فعُلم من هنا: أن فسخ الفُضولي العقدَ يكون على وجوهٍ ثلاثة:

أحدها: ما ذكره المصنف.

وثانيها: ما ذكره في «الذخيرة».

وثالثها: ما ذكره قاضي خان بعد كونه وكيلا عنه زوَّجه أختَ تلك المرأة.

فسقط ما اعترضه بعضُهم أن الصواب: «فزوَّجه أختَ تلك المرأة»، بدل: «فزوَّجه إياها».

[فرع: التوكيل بالقبض في ضمن الأمر بالكيل في الغِرارة يصح]

(ومنه: اشترى كُرَّ بُرٍّ عينًا)، قيدٌ اتفاقي، أي: المشتري المُسلَم إليه، (وأمَر المشتري[٣] البائعَ بقَبْضِه للمُشتري[٤])، أي: ربُّ السلم، فقبَضه له: (لم يصِحَّ)

---

(١) في هامش (خ): (قوله: لا يصح؛ لأنه كان فضوليا حين عقده. والحاصل أن الفضولي في النكاح لا يملك الفسخ، لا قولا، ولا فعلا؛ لأنه لا عهدة عليه ليستخلص منها إلا إذا صار وكيلا بعده، فله نقضه، اهـ).

(٢) «فتاوى قاضي خان»، كتاب النكاح، بداية فصل في فسخ عقد الفضولي (١/ ٣٤٤).

(٣) أي: المشتري الأول، الذي هو المسلم إليه في حق المشتري الثاني.

(٤) أي: المشتري الثاني الذي هو رب السلم.

القبضُ، حتى إذا هلَك يهلِك من مال المُسلَم إليه. (ولو دفع إليه غِرارةً، وأمَره أن يَكِيلَه فيها)، فكالَه فيها: (يصِحُّ) القبضُ الذي في ضمن الأمر بالكَيل في الغِرارة[١].

هذا إذا باعه عينًا، فأمره أن يَكِيلَه، فكاله وهو غائبٌ: صحَّ، بخلاف ما «لو أمر ربَّ السلَم أن يَكِيلَه في ظَرْفه، ففعل وهو غائب: لا يصح»، كما في «مسكين»[٢]. والفرق أن الثاني حقٌّ في الذمَّة، بخلاف الأوَّل، «شيخنا»[٣].

(إذ البائع لا يصلُح وكيلا عن المشتري في القبض قصدًا)؛ لعدم صلاحية الواحد مُسلِمًا ومُسلَمًا[٤]، (ويصلُح ضِمنًا وحُكمًا لأجل الغِرارة).

[فرع: يسقط خيار رؤية الموكل برؤية وكيله بالقبض، لا بإسقاطه الخيار]

(ومنه: شرى ما لم يَرَه، فوكَّل وكيلا بقَبضِه)، قيَّد به؛ لأن الوكيل بالشراء لو قبَض المبيع رائيًا سقَط خيارُ رُؤيةِ مُوكِّله بالاتفاق، (فقال الوكيل: قد أسقطتُ الخيارَ، أعني: خيارَ الرُّؤية: لم يسقُط خيارُ المُوكِّل).

(ولو قبَضه الوكيل، وهو)، أي: الوكيل، (يَراه)، قيَّد به؛ لأنه لو قبَضه مستُورًا

---

(١) في هامش (ع): (قال شيخنا: هذا في السلم بخلافه في البيع، فإنه يصح، كما في متن «الكنز». ولا ينافيه تصريحه بقوله: اشترى كر بر؛ لأنه بدل عنه؛ إذ ما وجب في الذمة لا يتعين. قيد بالشراء؛ لأنه لو استفاده من أرضه، أو بميراث، أو هبة، أو وصية، أو أوفاه رب السلم وكاله بمحضر منه: يكتفى بكيل واحد؛ لأنه لم يوجد إلا عقد واحد، وهو السلم، انتهى. وهذا لنهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاع البائع وصاع المشتري. وهل كذلك الوزني والمعدود؟ نعم؛ هو كالكيلي. وفي «النهر»: قيل: في المعدود روايتان، انتهى).

(٢) «فتح المعين»، كتاب البيوع، أواخر باب السلم (٢/ ٦٢٣).

(٣) انظر: «عمدة الناظر» لأبي السعود (ل/ ٢٣٢/ أ).

(٤) في (ع): (متسلمًا).

فوكَّل غيرَه، فباع بحضرة الأوَّل: جاز. ولو أن الخليفة لم يحكُم بين يدَي القاضي، وحكم بغَيبته، فرفع قضاءَه إلى القاضي فأجاز: نفَذ قضاؤُه عندنا استحسانا، ولا ينفذ قياسًا، وهو قول زفر رحمه الله تعالى»[1].

[فرع: الوكيل بالبيع ونحوه لا يملك التوكيل به، ويملك الإجازة]

(ومنه: **الوكيل البيع**)، والوكيلُ بالشراء، وبقبض الدَّين، والخُصومة، كما في «البزازية»[2]، فلو أطلَقه لكان أولى، (**لا يملك التوكيلَ به**)، أي: ببيع ما وُكِّل به، ولا بشِراء ما وُكِّل به، ولا بقَبْضه، ولا بالخُصومة فيه، (**ويملك إجازةَ بيعٍ**)، أي: بيع ما وُكِّل به، (**بائعُه**)، مُبتدَأ، (**فُضوليٌّ**)، خبرُه، والجملةُ صفةُ «بَيْعٍ»، أو هو مُضافٌ إلى «بائعه»، و«فُضولي» بدَلٌ منه. والأظهر في التعبير: «ويملك إجازةَ ما وُكِّل ببيعه لو باعه فُضوليٌّ»[3].

(**والمعنى**) الفقهيُّ الفارقُ (**فيه**) بين الإجازة ابتداءً وانتهاء (**أنه إذا أجاز انتهاءً يُحِيط علمُه بما أتَى به خليفتُه، ووكيلُ الوكيل كذلك**)، أي: كالفُضوليِّ في الحكم المذكور، فتكون إجازتُه في الانتهاء عن بصيرة، بخلاف إجازته في الابتداء، أي: حين وكَّله به؛ لأنه لا يُحيط علمُه بما يأتي به خليفتُه، فلا تكون الإجازةُ عن بصيرة.

[فرع: ينفُذ قضاء القاضي في غير أيام ولايتِه إذا أجاز في أيام نَوْبته]

(ومنه: **القاضي لو قضَى في كلِّ أُسبوع يومَين، بأن كان له ولايةُ القضاء في يومَين من كل أسبوع، لا غير، فقضى في الأيام التي لم تكُن له ولايةُ القضاء**) فبهاء

---

(١) «فتاوى قاضي خان»، أوائل كتاب الدعوى والبينات (٢/ ٣٦٣ ـ ٣٦٤).

(٢) انظر: «الفتاوى البزازية»، كتاب الوكالة، الفصل الرابع في البيع (٥/ ٤٧٦).

(٣) انظر: «غمز العيون» (١/ ٣٦٧).

ثم رآه، فأسقَط الخيار، فإنه لا يسقُط؛ لأنه إذا قبضه مستورًا انتهى التوكيلُ بالقبض الناقص، فلا يملك إسقاطَه قصدًا لصَيرُورته أجنبيًّا[١]، (سقَط خيارُ رُؤية مُوكِّله عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، خلافًا لهما)، فإنه لا يسقُط خيار المُوكِّل بقبضه كما لا يسقُط بقبض الرسول. وعندهما: لا يسقُط فيهما؛ لأنه توكَّل بالقبض دون إسقاط الخيار، فلا يملك ما لم يتوكَّلْ به.

[فروعٌ في إجازة مَن لا تجوز إجازتُه ابتداءً وتجوز انتهاء]

(وقريبٌ من هذا الجنس)، أي: جنس ما يثبُت ضِمنًا وحكمًا، ولا يثبُت قصدًا، إجازةُ (مَن لا تجوز إجازتُه ابتداءً، وتجوز انتهاءً)[٢].

[فرع: ينفُذ قضاءُ خليفةِ قاضٍ غيرِ مأذونٍ بالاستخلاف بإجازة القاضي]

(ومنه)، أي: من هذا القبيل، (القاضي إذا استخلَف، مع أن الإمام لم يأذَنْ له في الاستخلاف: لم يجُزْ) استخلافُه، (ومع هذا لو حكم خليفتُه، وهو يصلُح أن يكون قاضيًا)، وهو مَن يكون أهلا للشهادة، بأن يكون حُرًّا، مُكلَّفًا، مُسلِمًا، بصيرًا، غيرَ محدودٍ في قذف، (وأجاز القاضي أحكامه)، أي: فيكون حكمُه موقوفًا، (جاز).

قال في «الخانية»: «القاضي إذا لم يكن مأذُونًا بالاستخلاف، فاستخلَف، فحكم الخليفةُ في مجلس القاضي بين يديه: جاز، كالوكيل بالبيع إذا لم يكن مأذونًا بالتوكيل،

---

(١) في هامش (ع): (وحاصله: أن الرؤية بعد القبض لا تعتبر لانتهاء الوكالة بالقبض، ولو رآه قبل القبض بعد التوكيل تعتبر، فقوله: وهو يراه، قيد لنفي الرؤية بعد القبض، لا لاشتراط الرؤية عند القبض، كما في «الفتح» وغيره، «شيخنا»).

(٢) في هامش (ع): (قال البيري: ومن مهمات هذه القاعدة ما في «الحاوي»: تزوج بشهادة عبدين أو صبيين أو كافرين: لم يجز. فإذا أدرك الصبيان، أو أسلم الكافران، أو أعتق العبدان، وشهدا بذلك عند القاضي: أجزأه، انتهى).

(فإذا جاء نوبتُه)، أي: القضاء من يومَي الأسبوع، (وأجاز) القاضي (ما قضى) في الأيام التي لم تكُن له ولايةُ القضاء: (جازت إجازته).

واعتُرض بأن الصواب في التعبير: (فأجاز)، بالفاء؛ لأن مجموع الشرط والجزاء إذا وقع جزاءُ الشرط قبله: وجب اقترانُه بالفاء[1]، تأمل.

(انتهى) ما في «جامع الفصولين»[2].

قيل: ونظير هذا ما إذا شرط الواقفُ حُضورَ يومٍ مُعيَّن من الجمعة، فصار مَن عليه حُضورُه يَحضُر بعده، ويجعله قضاءً عنه، كما في حواشي الهامش[3]، فيجوز عنه إن شاء الله تعالى، مع أن العُذرَ موجودٌ، انتهى.

قال في «الحموية»: وفي كون هذا نظيرًا نظرٌ ظاهر، والظاهر أنه لا يجوز؛ لمُخالفته شرطَ الواقف»[4]، انتهى.

وفيه تأمُّلٌ؛ لأن الكلام في أن الإجازة انتهاءً تجوز وإن كان فيه المُخالَفة، كالقاضي.

وقال أيضًا: «وفي كون ما ذكره المصنف من فروع القاعدة نظرٌ أيضًا»[5]، انتهى.

وفيه نظرٌ؛ لأن المصنف جعَل هذه الفروعَ من قريب جنسِ ما يثبُت ضمنًا ولا يثبُت قصدًا، كما قال، ولا رَيبَ أنه فيها كذلك؛ لأن الابتداء كالقصديِّ، والانتهاءَ كالضمني، ولم يجعَلْها من القصدي والضِّمنيِّ، كما هو نصُّ عبارته.

---

(١) «غمز العيون» (١/ ٣٦٧_٣٦٨).

(٢) «جامع الفصولين»، الفصل التاسع والثلاثون في المتفرقات في العتق (٢/ ٢٣٥_٢٣٦).

(٣) قوله: (حواشي الهامش)، كذا في «غمز العيون». وفي النسخ هنا: (تكلمش)، ولعله تصحيف.

(٤) «غمز العيون» (١/ ٣٦٧).

(٥) «غمز العيون» (١/ ٣٦٧).

[فائدة: مسألتان يُغتفَر فيهما في الابتداء ما لا يُغتفَر في الانتهاء]

(فائدةٌ) مُناسِبةٌ لذِكْرها في هذا المحلِّ:

(ظفِرتُ بمسألتَين يُغتفَر) فيهما (في الابتداء ما لا يُغتفَر في الانتهاء، عكس القاعدة المشهورة) التي تقدَّم ذكرها، وهي: يُغتفَر في الانتهاء ما لا يُغتفَر في الابتداء.

[الأُولى: صحَّ تقليدُ الفاسق القضاءَ ابتداءً، ولو فسَق العدلُ يَنعزِل]

(الأُولى) من المسألتَين: (يصِحُّ تقليدُ الفاسقِ القضاءَ ابتداءً)، لكن «يجب أن لا يُقلَّد، حتى لو قُلِّد: يأثَم، كما صحَّ قبولُ شهادته، ولا يُقبَل بالمعنى المذكور[1]»، «صدر الشريعة»[2].

(ولو كان) المُقلَّد (عَدْلا، ففسَق)، بأخذِ الرِّشوة أو غيرها: (يَنعزِل عند بعض المشايخ)؛ لأن مَن ولَّاه اعتمَد عدالتَه، فوَلَّاه بتلك الصفة، فإذا فسَق: لم يكن راضِيًا بتقليده، فلم يَبْقَ قاضيًا.

(وذكر ابنُ الكمال أن الفتوى عليه[3])، أي: على أنه ينعزل بالفسق. فالعدالةُ فيه لم تُعتبَر[4] ابتداءً، حيث يجوز تقليدُ الفاسق، واعتُبِرت[5] انتهاءً، ولهذا انعزَل بالفسق بعد ما كان عَدْلا. لكن نصَّ في «الوقاية» أنه «يَستحِقُّ العَزْل في ظاهر المذهب»[6]،

---

(١) أي: يجب أن لا تطلب شهادتُه.

(٢) «شرح الوقاية»، كتاب القضاء (٤/ ١١٠).

(٣) انظر: «الإيضاح في شرح الإصلاح»، كتاب القضاء (٢/ ١٨٦).

(٤) كذا في (خ). وفي بقية النسخ: (تغتفر).

(٥) كذا في (خ). وفي بقية النسخ: (اغتفر).

(٦) «شرح الوقاية»، كتاب القضاء (٤/ ١١٠).

ولا ينعزل، ومثلُه في «التنوير»(١)، وفي «تلخيص الكبرى»: والفتوى على أنه يستحِقُّ العَزْل.

فصحَّ أن في الفتوى خلافًا، فيُخيَّر فيهما المُفتي.

والأميرُ إذا فسَق: لا يَنعزِل.

[الثانية: لو أذِن للآبِق صحَّ، ولو أبَق المأذونُ انحجَر]

(الثانية) منهما: (لو أبَق العبدُ المأذون: انحجَر)، وإن لم يعلَمْ أهلُ السوق إباقَه. وهل إذا عاد يعود الإذنُ؟ الصحيح: لا يعود، وسيأتي أن الصحيح أنه لا ينحجِر بالإباق.

(ولو أذن لـ)لعبد (الآبِق: صحَّ) إذنُه له إن علم الآبِقُ بالإذن، (كما في قضاء «المعراج»)، أي: في كتاب القضاء من «معراج الدارية». وهذا الذي مشى عليه في «الهداية»(٢) وشروحها. فعدمُ الإباق لم يُعتبَر ابتداءً، واعتُبِر انتهاءً حيث انحجَر بالإباق بعد الإذن.

لكن في «البزازية» و«الخانية» و«الزيلعي» ما يخالفه، كما أشار إليه بقوله: (وقيَّده)، أي: جوازَ إذنِه للآبق، (قاضي خان بما) إذا كانت تجارتُه مع مَن كان العبدُ (في يده)، فإنه يصِحُّ إذنُه له تبعًا لمن هو في يده. قال فيها: «إذا أذِن لعبده الآبِق: لا يصح إذنُه وإن علِم الآبقُ، وإن أذِن له في التجارة مع مَن كان العبدُ في يده: صح إذنُه»(٣)، انتهى، أي: تبعًا له.

---

(١) انظر: «تنوير الأبصار» مع «الدر المختار»، كتاب القضاء (ص ٤٦٥).

(٢) انظر: «الهداية» مع «نتائج الأفكار»، كتاب المأذون (٩/ ٢٩٧).

(٣) «فتاوى قاضي خان»، كتاب المأذون (٣/ ٦٢٨).

وفي «البزازية»: «الإذن للآبق لا يصح وإن علم، وإن أذن له في التجارة مع مَن كان العبدُ في يده: جاز»[١]، انتهى.

وفي «الزيلعي»: «الإباق يمنع ابتداء الإذن عندنا، على ما ذكره شيخ الإسلام خواهرزاده»[٢]، انتهى.

ويمكن أن يقال: يُحمَل المُطلَق الذي في «الهداية» وشروحها على المُقيَّد في هذه الكتب الثلاثة، كما أشار إليه المُصنِّف، فلا مُنافاة.

***

(١) «الفتاوى البزازية»، كتاب المأذون (٦/ ١٣٦).

(٢) «تبيين الحقائق»، كتاب المأذون (٥/ ٢١١).

[القاعدة الخامسة: تصرُّف الإمام على الرعية منُوطٌ بالمصلحة]

(القاعدة الخامسة) من قواعد النوع الثاني:

(تصرُّف الإمام على الرَّعِيَّة منوطٌ بالمَصلحة)

«وأما ما فيه مَضرَّةٌ، فوُجودُه وعدمُه سواء، حتى لو أذِن باستهلاك مالِ رجلٍ، أو باستهلاك شيءٍ من بيت المال: لا يصِحُّ إذنُه، ولو فعل: لا يكون ضامنًا»، كذا في «البيري»[1].

قال شيخُنا: «والذي يظهر أن عدم الضمان بالنسبة لاستهلاك شيءٍ من بيت المال[2]»[3]، انتهى.

(وقد صرَّحُوا به)، أي: بهذا القول أو الأصل، (في مَواضِعَ) من الفقه:

[فرع: صُلحُ الإمام عن الظُّلة المَبنية في طريق العامَّة منوطٌ بالمَصلحة]

(منها)، أي: مواضع تصريحِهم، (في كتاب الصُّلح في مسألةِ صُلْح الإمام عن الظُّلَّة المَبنِيَّة في طريق العامَّة).

قال في «الخانية»: «فإن خاصَمه الإمامُ، فصالَح على أن يُعطِي صاحبُ الظُّلة مالا معلومًا على أن يَترُكَ الظُّلَّةَ في موضعها، فإن كانت حديثةً، ورأى الإمامُ مَصلحةَ المسلمين في أن يأخُذَ مالا ويَضعَه في بيت مال المسلمين: جاز ذلك إذا كانت الظُّلَّةُ لا تضُرُّ بالعامَّة؛ لأن الإمام يملك الاعتياضَ فيما يكون للعامَّة إذا كان أخذُ العوض مصلحةً لهم»[4]، انتهى.

---

(١) «عمدة ذوي البصائر» (١/ ٣١٤).

(٢) لا مطلقا.

(٣) «عمدة الناظر» لأبي السعود (ل/ ٢٣٣/ ب).

(٤) «فتاوى قاضي خان»، كتاب الصلح، باب الصلح عن العقار وعما يتعلق به (٣/ ١٠٢).

(وصرَّح به الإمامُ أبو يوسف في «كتاب الخراج» في مَواضِعَ) منه.

[فرع: لا يصِحُّ عَفوُ السُّلطان عن قاتلِ مَن لا وليَّ له]

(وصرَّحوا في كتاب الجنايات أن السُّلطان لا يصِحُّ عَفوُه عن قاتِلِ مَن لا وليَّ له)؛ لأن الحقَّ للعامَّة، والسُّلطان نائبٌ عنهم فيما هو أنظَرُ لهم، وليس من النظر تفويتُ حقِّهم مجَّانًا، (وإنما له القِصاصُ والصُّلحُ)، أي: الدِّيَة[1]، والواو بمعنى «أو». وهل إذا طلَب الإمامُ الدِّيَةَ يَنقلِب القصاصُ مالا، كما في الوليِّ؟ تردَّد فيه الشُّرنبُلالي[2].

(وعلَّله)، أي: ما ذكر من أنه لا يصِحُّ عَفوُه، (في «الإيضاح» بأنه)، أي: الإمام، (نُصِب ناظِرًا) في أُمور العامَّة بالمصلحة، ولذا قالوا: لا يصِحُّ وقفُ أراضي بيتِ المال إلا لمصلحةٍ عامَّة»، كما في «منظومة ابن وهبان»[3]. (وليس من النظر للمُستحِقِّ العَفْوُ) عن هذا القاتل.

---

(١) في هامش (خ): (قوله: أي: الدية. أشارة إلى أنه لا يجوز له الصلح عن أقل من الدية، اللهم إلا إذا لم يمكن إثبات القتل عليه، كما في وصي اليتيم).

(٢) «حاشية الشرنبلالي على الدرر»، كتاب الجهاد، آخر باب المستأمن (١/ ٢٩٥). وفي هامش (خ) (قوله: تردد فيه الشرنبلالي. قال ابن عابدين بعد نقله ما ذكره الشارح: الظاهر نعم؛ لقول «الفتح» وإنما كان للسلطان ذلك، أي: القتل أو الصلح؛ لأنه ولي المقتول؛ قال عليه الصلاة والسلام «السلطان ولي من لا ولي له»، انتهى). وقال الرافعي في «تقريراته» (٦/ ٢٧٥): «الذي يظهر عدم انقلابه مالا؛ فإن انقلابه مالا في الولي لو سلم إنما هو لشبهة العفو ممن يملكه، والسلطان لا يملك العفو صريحا، فلا تعتبر الشبهة في حقه مسقطة له».

(٣) حيث قال:

«ولو وقَفَ السلطانُ من بيت مالنا ... لمَصلحةٍ عمَّتْ يجوز ويُؤجَر»

انظر: «شرح المنظومة الوهبانية»، كتاب الوقف (١/ ٢٦٩).

[مأخَذُ القاعدة]

(أصلُها)، أي: هذه القاعدة ومأخذُها، (ما أخرجه سعيدُ بنُ منصور، عن البَراء) بن عازب، (قال: قال عمرُ رضي الله عنه: إني أَنزَلتُ نفسي من مال الله)، أي: بيت المال، أي: جعلتُ حظِّي منه، (بمنزلة وليِّ اليتيم) وحظِّه من مال اليتيم، وبيَّن ذلك: (إن احتَجْتُ: أخذتُ منه، فإذا أيسَرتُ: ردَدْتُه، فإن استغنَيتُ عنه: استَعْفَفْتُ ولا آخُذُ منه شيئًا[1]). فهذا الحديث يدلُّ على أن الإمام ينبغي أن يكون في أمور المسلمين كوليِّ اليتيم في أمور اليتيم، والوليُّ لا يصلُح له إلا ما يكون خيرًا لليتيم، فكذا الإمام، لا يصلح له إلا ما يكون نظرًا وخيرًا للمسلمين.

(وذكر الإمام أبو يوسف في «كتاب الخراج»، قال: بعَث عمرُ بن الخطَّاب رضي الله عنه عمَّارَ بنَ ياسر رضي الله عنه على الصَّلات)، أي: الصدقات، والحَرْب) لأهلها إنْ منَعوها، (وبعَث عبدَ الله بنَ مسعود على القضاء وبيت المال، وبعث عثمانَ بن حَنيف على مساحة الأرضِين، وجعل بينهم شاةً كلَّ يوم، شَطْرُها وبطنُها لعمَّار، ورُبُعُها لعبد الله بن مسعود، وربعُها الآخَرُ لعثمانَ بن حنيف، وقال: إني أَنزَلتُ نفسي وإياكم من هذا المال)، أي: مال الصَّدقات وبيت المال، (بمنزلةِ وليِّ اليتيم)، ثم بيَّن المنزلةَ بقوله: (قال الله تعالى: ﴿وَمَن كَانَ غَنِيًّا﴾)، من أولياء اليتيم، (﴿فَلْيَسْتَعْفِفْ

---

(١) رواه بنحو هذا اللفظ البيهقي في «السنن الكبرى»، برقم (١١٠٠١)، وابن أبي شيبة في «المصنف»، برقم (٣٣٥٨٥). وأما سعيد بن منصور، فقد رواه في «سننه»، برقم (٥٨٣)، عن حميد بن هلال، أن زيادا بعث أبا بردة بن أبي موسى على بعض الصدقات، فقال له: «إني أنزلك نفسي من هذا المال بمنزلة والي اليتيم، ﴿وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [النساء: ٦]، ولا تأتين على شغار إلا رددته، ولا امرأة عضلها وليها فتبرح زائلة العطن حتى تزوجها في الأكفاء من قومها».

﴿وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [النساء: ٦])، بقدر حاجتِه وأجرةِ سَعْيِه، (واللهِ ما أرى أرضًا يُؤخَذ منها شاةٌ في كلِّ يوم إلا استَسرَع خَرابُها).

قيل: لعلَّ هذا القولَ منه رضي الله عنه دفعٌ لاستقلالهم ما عيَّنه نفقةً لهم من شاةٍ واحدة بأنَّ نفقتكم في اليوم تنبغي أن لا تزيدَ على ما أُخِذ من أرضٍ في ذلك اليوم، وما أُخِذ منها لا يبلُغ شاةً، فكيف يكون تعيينُ الشاة الواحدة قليلا في أنفاقكم؟ وقد ذكروا أن بالعَدْل يكثُر الخَراجُ وينمُو المالُ، وقد كان خَراجُ العراق في زمَن عمرَ رضي الله عنه مائةَ ألفِ ألفٍ، وفي زمن الحَجَّاج أربعين ألفَ ألفٍ، وفي زمن عمر بن عبد العزيز بعد أن أخربَها الحجَّاجُ ثمانين ألف ألف.

(انتهى) ما ذكر الإمام أبو يوسف[1].

[مسألة: تفضيلُ الإمام بعضَ المُستحِقِّين من بيت المال على بعض]

(فعلى هذا لا يجوز له)، أي: الإمام، (التفضيلُ)، أي: تفضيل بعض المُستحقِّين من بيت المال على بعضٍ آخر وترجيحُه بالزيادة؛ لأنه نزَّل نفسه وإياهم منزلة اليتيم، وليس للوليِّ ترجيحُ بعض الأيتام على بعض في أموالهم، فكذلك الإمام.

فإن قيل: قسْمُ عمر رضي الله عنه المتقدِّم حيث جعل شَطْرَها وبطنَها لعمَّار، تفضيلٌ له على غيره، قلنا: إنما أعطاه ذلك لكونه قدرَ كفايتِه، لا لتفضيلِه.

(ولكن قال في «المحيط» من كتاب الزكاة: والرأيُ للإمام من تفضيلٍ وتسويةٍ من غير أن يَمِيلَ في ذلك) التفضيل (إلى هوًى) نفسانِيٍّ، (ولا يَحِلُّ لهم)، أي: للعامِلين عليها، (إلا قدرُ ما يكفيهم ويكفي أعوانَهم بالمعروف)، أي: بقدر حاجتهم، (وإن فضَل

---

(١) كتاب «الخراج» (ص ٤٦).

من المال) المُعطَى لهم لنفقتهم (شيءٌ بعد إيصال الحقوق إلى أربابها قَسَمه) الإمامُ (بين المسلمين، وإن قصَّر الإمامُ في ذلك) الأمر: (كان الله عليه حسيبًا)، فيُجازيه بمُوجَب تقصيره، (انتهى) كلام «المحيط».

(وذكر الزيلعي) من الخراج بعد أن ذكر (أن أموال بيتِ المال أربعةٌ).

قال: «والجزيةُ، والخَراجُ، ومالُ التَّغْلبي، وهَدِيَّةُ أهل الحرب، وما أخَذنا منهم بلا قتالٍ، يُصرَف في مصالحنا، كسَدِّ الثُّغور، وبناء القناطِرِ والجُسُور، وكفاية القُضاة والعُلماء والمُقاتلة، وهؤلاء عَمَلةُ المسلمين، قد حبَسوا أنفسَهم لمصالح المسلمين، فكان التصرُّف لهم تقويةً للمسلمين[١]، ولو لم يُعطَوا لاحتاجُوا إلى الاكتساب، وتعطَّلت مصالحُ المسلمين، ونفقةُ الذَّراري على الآباء، فيُعطَون[٢] كفايتَهم كيلا يشتغلوا بها عن مصالح المسلمين، ولا خُمُسَ في ذلك؛ لأنه عليه الصلاة والسلام لم يُخمِّسْ الجزية، ولأنه مالٌ أُخِذ بقُوَّة المسلمين بلا قتال، بخلاف الغنيمة؛ لأنها مأخوذةٌ بالقهر والقتال، فشَرْعُ الخُمْس فيها لا يدلُّ على شَرْعه في الآخر.

ومن جملة هذا النوع ما يأخُذه العاشِرُ من أهل الحرب وأهل الذِّمَّة إذا مرُّوا عليه، ومالُ أهل نجران وما صُولِحَ[٣] عليه أهلُ الحرب على تَرْكِ القتال قَبل نُزول العَسْكر بساحتهم، كلُّ ذلك يُصرَف في مصالح المسلمين لما ذُكِر.

ثم اعلم أن ما يُجبَى لبيت المال أنواعٌ أربعة:

أحدُها: هذا الذي ذكرناه مع مَصرَفه.

---

(١) في النسخ: (بقوة المسلمين). والمثبت من «تبيين الحقائق».

(٢) في النسخ: (فيعطوا). والمثبت من «تبيين الحقائق».

(٣) في النسخ: (صولحوا). والمثبت من «تبيين الحقائق».

الثاني: الزكاة والعُشر، ومصرفُها ما ذكره الله تعالى بقوله: ﴿إِنَّمَا ٱلصَّدَقَٰتُ لِلْفُقَرَآءِ وَٱلْمَسَٰكِينِ﴾ [التوبة: ٦٠]... الآية، وهم سبعة أصناف، وقد ذكرناهم في كتاب الزكاة.

والثالث: خُمُسُ الغنائم والمعدن والرِّكاز، ومصرفُه ما ذكره الله تعالى بقوله: ﴿فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِى ٱلْقُرْبَىٰ﴾ [الأنفال: ٤١]، وقد ذكرناهم في أوّل كتاب السِّيَر.

والرابع: اللُّقَطات والتَّركات التي لا وارِثَ لها، ودِياتُ مقتولٍ لا وليَّ[1] له، ومصرفُها اللَّقيط الفقيرُ والفقراءُ[2] الذين لا أولياء لهم، يُعطَون منه نفقتَهم وأدوِيتَهم، ويُكفَّن به موتاهم ويُعقَل به جنايتُهم»[3].

ثم قال ما ذكره المُصنِّف بقوله: (قال) الزيلعي: (وعلى الإمام أن يجعلَ لكلِّ نوعٍ من هذه الأنواع بيتًا يخُصُّه، ولا يَخلِط بعضَه ببعض؛ لأن لكل نوعٍ حكمًا يختصُّ[4] به).

ثم ذكر ما يتعلَّق به، فقال: «فإن لم يكُنْ في بعضها شيءٌ: فللإمام أن يستقرِضَ عليه من النوع الآخَر، ويَصرِفَه إلى أهل ذلك، ثم إذا حصَل من ذلك النوع شيءٌ: ردَّه في المُستقرَض منه، إلا أن يكون المصروفُ من الصَّدقات، أو من خُمُس[5] الغنيمة على أهل الخراج، وهم فقراء، فإنه لا يَرُدُّ فيه[6] شيئًا؛

---

(١) في (خ): (وارث).

(٢) قوله: (والفقراء)، ليس في النسخ، ومثبت من «التبيين».

(٣) «تبيين الحقائق»، كتاب السير، باب العشر والخراج والجزية (٣/ ٢٨٣).

(٤) في النسخ: (يخصه). والمثبت من «التبيين».

(٥) في النسخ: (جنس). والمثبت من «التبيين».

(٦) في النسخ: (فيهم). والمثبت من «التبيين».

لأنهم يَستحِقُّون للصدقات بالفَقْر، وكذا في غيره إذا صرَفه إلى المستحِقِّ»[١]، انتهى هذا الكلام منه.

(إلى أن قال: ويجب على الإمام أن يَتَّقِيَ الله، ويَصرِفَ إلى كل مُستحِقٍّ قدرَ حاجتِهِ من غير زيادة) على حاجته، (فإن قصَّر) الإمامُ (في ذلك: كان الله عليه حسيبًا، انتهى) كلامه[٢].

[تسويةُ أبي بكر رضي الله عنه في القسم، وترجيح عمر رضي الله عنه أهلَ السَّوَابق]

(وفي «كتاب الخراج» لأبي يوسف رحمه الله: أنَّ أبا بكر رضي الله عنه قسم المالَ بين الناس) الذين هم مصارِفُ لها (بالسَّوِيَّة، فجاء أُناسٌ فقالوا له: يا خليفةَ رسولِ الله! إنك قسمت هذا المال، فسوَّيتَ بين الناس، ومن الناس ناسٌ لهم فضلٌ وسَوابِقُ) من الأعمال (وقَدَمٌ)، بفتح القاف والدال، كنايةٌ عن السَّبْق في الإسلام، كذا قيل، (فلو فضَّلتَ أهلَ السَّوَابق والقدَم بفضلهم) على غيرهم بزيادةٍ من تلك الأموال، وجوابُ الشرط محذوفٌ، أي: لكان أفضلَ، ويجوز أن تكون «لو» للتحضيض، أي: هلَّا فضَّلتَ.

(فقال) أبو بكر رضي الله عنه: (ما ذكرتُم من السَّوابِق والقَدَم والفضل فما أعرفَني بذلك)، صيغةُ تعجُّب، يريد بذلك أنِّي ما اخترتُ السَّوِيَّة لعدم معرفتي بفضلهم ومراتبهم، بل أنا أعرفُ منكم بذلك، ولكن (إنما ذلك) المذكور من السوابق والقدم والفضل (شيءٌ) من أعمال الآخِرة، (ثوابُه على الله تعالى)، يَعلَم مقدارَه، ويُعطِي

---

(١) «تبيين الحقائق»، كتاب السير، باب العشر والخراج والجزية (٣/ ٢٨٣).
(٢) «تبيين الحقائق» (٣/ ٢٨٣).

ثوابَه في الآخِرة، (وهذا) المقسومُ شيءٌ (مَعَاشٌ)، ليس في مقابلة أعمال الآخرة، (فالأُسوة)، أي: التسوية، (فيه خيرٌ من الأَثَرَة[١])، أي: من ترجيح بعضِهم على بعض في تلك الخصال. (فلما كان عمرُ رضي الله عنه) خليفةً، (وجاء الفُتوح، فضَّل) أهلَ السَّوَابق والقدم والفضل، (وقال: لا أجعَل مَن قاتَل بعدَ رسولِ الله ﷺ كمَن قاتَل معه) ﷺ أعداءَه، (ففرَض لأهل السَّوابق والقدم) الذين قاتلوا معه (من المُهاجرين والأنصار ممَّن شهِد بدرًا خمسةَ آلافٍ[٢]، ولمَن لم يشهَدْ أربعةَ آلاف، وفرَض لمن كان إسلامُه[٣] كإسلام أهل بدرٍ دون ذلك، أنزَلهم على قدر منازلهم من السَّوابق، انتهى) كلامُ أبي يوسف رحمه الله تعالى[٤].

(وفي «القنية» من باب ما يحِلُّ للمُدرِّس والمُتعلِّم: كان أبو بكر رضي الله عنه يُسوِّي بين الناس في العطاء من بيت المال، وكان عمرُ رضي الله عنه يُعطِيهم على قدر الحاجة والفقه)، بالفاء والقاف، وقيل: بالعين والفاء، أي: الصَّلاح، (والفضل، والأخذُ بما فعله عمرُ رضي الله عنه في زماننا أفضلُ، فتُعتبَر الأُمورُ الثلاثة)، أي: اجتماعها، (الحاجةُ والفقهُ والفضلُ، انتهى) كلام «القنية».

هذا في بيت المال.

[مسألة: التفضيل في الأوقاف المطلقة وأوقاف آحاد الناس]

وهل كذلك في الوقف؟ ففي «القنية»: «الأوقافُ ببُخارَى على العلماء لا

---

(١) في هامش (خ): (قوله: من الأثرة، بفتحتين، اسم مصدر. ففي «المختار»: واستأثر بالشيء، استبد به، والاسم الأثرة، بفتحتين، انتهى. ومعنى استبد به: خص به نفسه، كما في «القاموس»، انتهى).

(٢) قوله: (خمسة آلاف)، مستدرك من «الخراج»، وساقط من النسخ.

(٣) كذا في النسخ. وفي «الخراج»: (له إسلام).

(٤) «الخراج» (ص ٥٣).

يُعرَف من الواقف شيءٌ غيرُ ذلك، فيجوز للقيِّم أن يُفضِّل البعضَ ويَحرِم البعضَ إن لم يكن الوقفُ على قوم يُحصَون. وكذا لو وقَف على الذين يختلفون إلى هذه المدرسة، أو على مُتعلِّميها، أو على علمائها: فللقيِّم التفضيلُ والحِرمان إن لم يُعيِّن الواقفُ قدرَ ما يُعطَى كلٌّ واحد».

وقال: «الأوقافُ المُطلَقة على الفقهاء الترجيحُ فيها بالحاجة أم بالفضل؟ قيل: بالحاجة، وقيل: بالفضل، وبالأوَّل أخذ بعضُهم، فإن كان في أحدهما فضلٌ مع أصل حاجةٍ وعِفَّةٍ تُرجِّحُه على مَن هو أقلُّ فضلا، وإن كان ذلك أحوجَ وأعفَّ، فهو المعلوم من أغراض الواقفين في زماننا»، انتهى.

فعُلم منه أن الأوقاف المُعيَّنة على قوم يُحصَون، كأن قال: على مَن أمَّ فيه له من الغلَّة كذا، وعلى المُؤذِّن كذا، وعلى الناظر كذا، لا ترجيحَ فيها من الناظر.

وهذا في أوقافٍ ليست مأخوذةً من بيت المال، كأوقاف آحاد الناس، فإنَّ رعايةَ شرطِ الواقف فيها لازمٌ. وأما أوقافُ الأُمراء والسلاطين، فرعايةُ الشرط فيها ليس بلازم، فيجوز للناظر التفضيلُ بالزيادة والنقص، ولو على خلاف شرط الواقف، على ما صرَّح به السيوطي في «فتاواه»[1]، ونقَله عن كثير من العلماء، وبه أخذ المفتي أبو السعود.

(وفي «البزَّازية»: **السُّلطان إذا ترَك العُشْرَ لمَن هو**)، أي: العشر، واجبٌ (**عليه: جاز، غنيًّا كان**) المتروكُ له (**أو فقيرًا، لكن إن كان المتروكُ له فقيرًا: فلا ضمان على السُّلطان**)؛ لأنه لو صرَفه إليه بعد الأخذ يجوز، فكذا لو تركه عليه؛ ألا يرى

(١) انظر: «الحاوي للفتاوى» (١/ ١٨١ و١٨٤).

أن السلطان لو أخذ من إنسان زكاةَ ماله، وافتقَر المُزكِّي قبل صرف الزكاة إلى المَصرف: كان للسلطان أن يَرُدَّ عليه زكاتَه لما قلنا.

(وإن كان غنيًّا: ضمِن السلطانُ العُشرَ للفقراء من بيت مال الخَراج لبيت مال الصدقة)؛ لأن العُشر مصرفُه الفقراء، بخلاف الخراج، فإنه للأغنياء، (انتهى) ما في «البزازية»[1].

لكن في «الخلاصة»: «وأجمعوا على أن السلطان لو جعل العُشرَ لصاحب الأرض لا يجوز»[2]، انتهى.

وفي «الظهيرية»: «ولو جعل السلطانُ العُشرَ لصاحب الأرض لم يجُزْ في قولهم جميعًا»، انتهى.

ومثلُه في «قاضي خان»[3].

وهو مُنافٍ لما نقَله عن «البزازية».

وهل يجوز تركُ الخَراج؟ ففي «البزازية»: «السلطان إذا جعل الخراجَ لصاحب الأرض: يجوز عند الثاني ويحِلُّ له، وقال محمد: لا يجوز، والفتوى على قول الثاني إذا كان من أهله، كالقُضاة والغُزاة والأئمَّة؛ لأنه لو أخذه وصرَفه إليه: جاز، فكذا إذا تركه ابتداءً»[4].

وفي «الحاوي القدسي»: «وإذا ترك السلطانُ خراجَ أرضِ رجلٍ، أو كرمه، أو

(١) «الفتاوى البزازية»، كتاب الزكاة، آخر الفصل الثالث في العشر والخراج (٣/ ٩٣).

(٢) «خلاصة الفتاوى»، كتاب الزكاة، الفصل العاشر في العشر والخراج (١/ ٢٤٥ ـ ٢٤٦).

(٣) «فتاوى قاضي خان»، كتاب الزكاة، فصل في العشر والخراج (١/ ٢٧٣).

(٤) «الفتاوى البزازية»، كتاب الزكاة، الفصل الثالث عشر في العشر والخراج والجزية (٣/ ٩٠).

بستانه، ولم يكن أهلا لصرف الخراج عليه، عند أبي يوسف: يحِلُّ، وعليه الفتوى، وعند محمد: لا يحِلُّ، وعليه ردُّه لبيت المال أو لمن هو أهلٌ لذلك، كالمفتي والقاضي والجُندي، وإن لم يفعَل: أثِم»[١]، كذا في «البحر»[٢].

وفي «الخانية»: «سئل الرازيُّ عن بيت المال، هل للأغنياء فيه نصيب؟ فأجاب: لا؛ إلا أن يكون عاملا أو قاضيًا، وليس للفقهاء فيه نصيبٌ، إلا فقيه فرَّغ نفسَه لتعليم الناس الفقهَ أو القرآن»[٣]، انتهى.

«وليس مرادُ الرازيِّ الاقتصار على العامل والقاضي، بل كلُّ مَن فرَّغ نفسَه لعملٍ من أعمال المسلمين، فيدخُل الجُندي والمفتي، فيَستحِقَّانِ الكفايةَ مع الغناء. ويجوز صرفُ الخراج إلى نفقة الكعبة»، «حموي»[٤].

وفي «الفتاوى»: «إذا ترك السلطانُ له الخراجَ: لا ينبغي أن يَقبَل إلا إذا كان مصرفًا، وكذا العامل إذا ترك الخراجَ على المُزارِع بدون علم السلطان: يحِلُّ له لو مصرفًا.

وهل يحِلُّ الأكلُ من الغلَّة قبل أداء العُشر والخراج ؟ قيل: إنه لا يحِلُّ قبل الأداء، إلا إذا كان المالك عازمًا على الأداء، وإن أكَل قبله: ضمِن، وعن الإمام الثاني: لا يضمن لكن يعتدُّ ما أكل من النصاب. وفي رواية: إنه يترك له ما يكفي له ولعياله، وإن أكل فوق الكفاية: ضمِن»، انتهى.

---

(١) «الحاوي القدسي»، كتاب العشر والخراج، فصل: الخراج نوعان (١/ ٢٩٣ ـ ٢٩٤).

(٢) «البحر الرائق»، كتاب السير، باب العشر والخراج، فصل في الجزية (٥/ ١٢٨).

(٣) «فتاوى قاضي خان»، كتاب الحظر والإباحة (٣/ ٤٠٢).

(٤) «غمز العيون» (١/ ٣٧٢).

[تنبيه: نفاذُ أمرِ السُّلطان مُقيَّدٌ بموافقة الشرع]

(تنبيه: إذا كان فعلُ السلطان مبنيًّا على المصلحة فيما يتعلَّق بالأُمور العامَّة)؛ إذ لا مَدخَل له في أُمور الخاصَّة: (لم ينفُذْ أمرُه شرعًا إلا إذا وافَقه)، أي: أمرُه الشرعَ، (فإن خالَفه: لم ينفُذْ)؛ لما رُوي أنه عليه الصلاة والسلام بعَث سَرِيَّةً، وأمَّر عليها واحدًا منهم، فخرجوا من المدينة، ونزلوا منزلا قريبا منها، فأمَر أميرُهم أن يُشعِلوا نارًا، فأشعلوا، ثم أمرهم أن يدخُلوا فيها، فأبَوا، فقال لهم: تجب طاعتي عليكم، فقالوا: إنما أطعنا النبي ﷺ كيلا ندخُلَ النار، وأنت أمرتَ بدخول النار، وترافعوا معه إلى النبي ﷺ، وحكَوا له ما جرى بينهم، فصوَّبَهم وخطَّأَ الأميرَ، فقال: «لا طاعة في معصية الله تعالى، ولو دخلوا: لم يخرجوا منها أبدا»[1]، كذا في «حاشية زيرك».

وقال في «البحر»: «طاعةُ الأمير في غير المعصية واجبةٌ، فلو أن الإمام أمر بصوم يومٍ وجَب»[2].

[مطلب: ليس للإمام أن يُخرِج شيئًا من يدِ أحدٍ إلا بحقٍّ ثابت]

(ولهذا قال الإمام أبو يوسف رحمه الله في «كتاب الخراج» من باب إحياء المَوَات: وليس للإمام أن يُخرِج شيئًا من يدِ أحدٍ إلا بحقٍّ ثابتٍ، انتهى[3]).

---

(١) رواه الإمام البخاري في «صحيحه»، كتاب أخبار الآحاد، باب ما جاء في إجازة خبر الواحد الصدوق، برقم (٧٢٥٧)، ومسلم في «صحيحه»، كتاب الإمارة، باب وجوب طاعة الأمراء في غير معصية، برقم (١٨٤٠)، ولفظه: «لو دخلتموها لم تزالوا فيها إلى يوم القيامة»، وقال: «لا طاعة في معصية الله، إنما الطاعة في المعروف».

(٢) كذا ذكره في «غمز العيون» (١/ ٣٧٣)، والذي في «البحر الرائق»، كتاب السير، باب العشر والخراج والجزية، فصل في الجزية (٥/ ١٥٢): «طاعة الإمام فيما ليس بمعصية فرض، فكيف فيما هو طاعة؟»، وقال في كتاب القضاء، باب التحكيم (٧/ ٥٣): «طاعة أولي الأمر واجبة بالآية الشريفة».

(٣) «الخراج» (ص ٧٨).

وتوضيحُه على ما في «القنية»: أرضٌ غرِقتْ وصارَت بحرًا، ثم نضَب الماءُ عنها أو خرَجت بوجهٍ آخر، ثم جاء إنسانٌ وعمَّرَها، ففيه اختلافُ المتقدِّمين، قيل: إنها للمالك القديم، وقيل: لمن أحياها.

وفي «روضة الناطفي»: أنها إن كان لها أربابٌ وآثارُ عمارةٍ من مُسنَّاةٍ[1] وغيرها، ولكن لا يعرفون أربابَها، ذكر هشامٌ عن محمد أنه لا يَسَعُ لأحدٍ أن يُحيِيَها ولا يأخُذَ منها طِينًا.

وفي «رسالة أبي يوسف إلى هارون»: هي لمَن أحياها.

قال أستاذُنا: ورأيتُ في هذه الرسالة: وإنما قومٌ من السَّواد وغيرهم من أهل المدينة ومكة والحجاز والجبال بادُوا، فلم يبقَ منهم أحدٌ، وبقِيت أراضيهم مُعطَّلةً، ولم تكن[2] في يدِ أحدٍ وارثٍ ولا غيرِه، ولا أحد يَدَّعِي فيها دعوى، فأخَذها رجل وعمَّرَها وبنَى فيها، وغرَس فيها النخل والشجر والكرم، وكرَى فيها أنهارًا، وأدَّى خراجَها: فهي له، وهذا هو المَوَاتُ، وليس للإمام أن يُخرِج شيئًا من يدِ أحدٍ إلا بحقٍّ ثابتٍ معروف.

قال رضي الله عنه: فهذا يُشير إلى أنه تكون لمن أحياها، لكن للإمام أن يَدفعَها لمن أثبتَ أنها كانت أرضَه أو أرضَ مُورِّثه. وعلى هذا، لا يتحقَّق الخلافُ بين أبي يوسف ومحمد إلا قبل إثباتِ أحدٍ حقَّه فيها، وأما إذا ثبت: فهو أولى بلا خلاف، انتهى.

والحاصلُ أن المَوَاتَ هي أرضٌ بلا نفعٍ لانقطاع مائها، أو غلَبتِه عليها، أو لغير ذلك، سواء كانت مملوكةً لأحد في الإسلام ولكن لا يُعرَف مالكُها، أو لا تكون

(١) في النسخ: (سبيات)، والمثبت من «فتاوى قاضي خان»، كتاب الزكاة، فصل في إحياء الموات (١/ ٢٧٨).

(٢) أي: تلك الأراضي.

مملوكة، ومع ذلك لا بد أن تكون بعيدةً من الناس بحيث لا يُسمَع صوتُ مَن صاحَ به، فإن أذِن له الإمام بإحيائها: ملكها؛ لأنها لعامَّة المسلمين، وإن لم يأذَنْ له: لا يَملِكُها عند أبي حنيفة، وعندهما: لا يحتاج إلى إذنِه، وكريُها أو شقُّ نهرٍ لها، أو ضربُ مُسنَّاتٍ عليها إحياءٌ عند الثاني، وعند محمد: إن كرَبَها وسقَاها فهو إحياءٌ، وإن فعل أحدَهما: فهو تحجير، وكذا لو أدَّى خراجها.

ولو حجَّرها ولم يُعمِّرْها: فهو أحقُّ بها إلى ثلاث سنين، وبعده يدفعها الإمامُ لمن شاء، فإذا جاء أحدٌ، وادَّعى ملكًا بعد الإحياء، وأثبتَه: أخَذها من المُحيِي، وليس للإمام أن يَنزَعَها من يده بغير إثباتٍ؛ إذ ليس للإمام أن يُخرِج شيئًا من يدِ صاحبِه إلا بحق ثابت. وشمل ذلك ما لو أذِن له في إحيائها الوُلاةُ المَهدِيُّون وغيرُهم.

فـأرضُ المَـوَات لعامَّـة المسـلمين، والمصلحة تعلَّقـتْ بإحيائهـا، فينفُذ أمرُه بإحيائهـا إن لـم يتعلَّـق بهـا حقُّ أحـدٍ، وإلا فلا.

فظهر كونُ هذا التعليل يتفرَّع عليه ما تقدَّم، وسقَط ما قاله بعضُهم هنا.

[فرع: لا ينفُذ أمرُ السُّلطان في حقوق الناس الثابتة فيما فتح صُلْحًا من البلاد]

(قال قاضي خان في «فتاواه» في كتاب الوقف: لو أن السُّلطان أذِن لقوم أن يجعلوا أرضًا من أراضي البلدة حوانيتَ موقوفةً على المسجد، أو أمَرهم أن يَزيدوا في مسجدهم) من أراضي البلدة، (قالوا: إن كانت البلدةُ فُتِحتْ عَنْوَةً، وذلك) الجَعْلُ والزيادةُ (لا يَضُرُّ بالمارَّة والناسِ)، عطفٌ على «المارِّ»، (ينفُذ أمرُ السُّلطانِ فيها)، أي: تلك الأراضي، فتُجعَل حوانيتَ، وتُزَاد للمسجد؛ لأنها حينئذٍ لعامَّة المسلمين، فينفُذ أمرُه فيها بما فيه مصلحةٌ لهم، (وإن كانت فُتِحت صُلْحًا: تبقَى

على ملكِ مُلَّاكِها، فلا ينفُذ أمرُ السُّلطان فيها، انتهى[١]). وعلَّل النَّفاذَ بقوله: «لأن البلدة إذا فُتِحتْ عَنْوةً تكون للغانمين، فيجوز أمرُ السلطان فيها».

واعترِض عليه بأنه لا يخلو: إما أن يكون مدارُ نَفاذِ أمرِه فيها وعدمِ نفاذه ضَرَره بالمارَّة والناس وعدم ضرَرِه بهم، فلا فرقَ بين الفتح عَنْوةً وصُلْحًا؛ لأنه إن أضرَّ لا ينفُذ مطلقا، وإلا ينفُذ مطلقا؛ وإن كان المدارُ كونَ الأرض ملكًا لأحد: لا ينفُذ أمره، وإلا ينفذ ما لم يَضُرَّ بالناس، سواء فُتِحت صُلْحًا أو عَنْوةً، بل الصواب في التحرير أن يقول: لو أن السلطان أذِن لقوم أن يَجعَلوا أرضًا من أرَاضِي البلدة حَوَانيتَ موقوفةً على المساجد، أو أمَرهم أن يزيدوا في مسجدهم، إن كان ذلك لا يَضُرُّ بالمارَّة والناس: ينفُذ أمره، سواء فُتِحت عَنْوةً أو صُلْحًا، وإن أضرَّ: لا ينفُذ، انتهى.

وهو اعتراضٌ ساقط؛ لأن مَدار النفاذ على مجموع الشرطَين، وعدمه على انتفائهما أو انتفاءِ أحدهما؛ لأن الأراضيَ إذا كانت مملوكةً لأحد ليس له الإذنُ فيها، فلا ينفُذ أمرُه فيها، وإن لم تكن مملوكةً: ينفُذ إن كان فيه مصلحةٌ، بِأن لم يضُرَّ بالمارَّة والناس، وعدمُ الملك إنما يتحقَّق فيما لو فُتِحت عَنْوةً؛ لأنه «لو فتَحها صُلْحًا: جرَى على مُوجَبه، وأراضيهم تكون مملوكةً لهم»، كما في «التنوير»[٢].

وأما «لو فتَحها عَنْوةً، فهو مُخيَّر، إن شاء أقرَّ أهلَها عليها، وإن شاء قسمها بين الغانِمين، وإن شاء أخرَجهم منها وأنزل بها قومًا غيرهم[٣]»، كما في «التنوير»[٤]، فله حقُّ التصرُّف فيها بما فيه مصلحةٌ.

---

(١) «فتاوى قاضي خان»، كتاب الوقف، باب الرجل يجعل داره مسجدا (٣/ ٢٩٣).

(٢) انظر: «تنوير الأبصار» مع «الدر المختار»، كتاب الجهاد، باب المغنم والمقسم (ص ٣٣٢).

(٣) ووضع عليهم الخراج والجزية.

(٤) انظر: «تنوير الأبصار» مع «الدر المختار» (ص ٣٣٢).

[مطلب: الأراضي أربعةُ أنواع]

ثم اعلَم أن الأراضي أربعةُ أنواع:

عُشْرِيَّة: وهي كلُّ أرض فُتِحت عَنوَةً، وقُسمت بين الغانمين، أو بين المسلمين بعد ما أُجلِيَ أهلُها، أو أسلَم أهلُها طوعًا وأُقِرُّوا عليها، وكذا البصرة.

وخَراجيَّة: وهي كلُّ أرض فُتِحت عَنوةً وأُقِرَّ أهلُها عليها، أو صُلْحًا.

وشرائيَّة: وهي كل أرض مِيريَّة، اشتراها أحدٌ من الإمام بثمَنٍ مُعيَّنٍ عند مَسَاسِ الحاجة لبيعِها، ويَملِكُها المشتري كسائر أملاكه، ولا مُؤنةَ فيها من العُشر والخَراج أصلا؛ لأنه تملَّكها بثمَنْ مُعيَّن سلَّمه إلى بيت المال، بخلاف العُشْرية والخراجية، فإنه تملَّكها ابتداءً بالعشر والخراج، لا بالثمن.

وأميرية: وهي كل أرضٍ فتَحها الإمامُ عَنْوةً، ولم يُقِرَّ أهلَها عليها، ولم يقسمها بين الغانمين، بل أمسَكها لبيت المال، وكذا كلُّ أرض مات مالكُها ولم يُخلِّف وارثًا، وانتقَلت إلى بيت المال، وكذا كل أرض لا يُعرَف لها مالكٌ، فيُعطِيها الإمامُ لرجل ليَقُومَ عليها كالمالك في إعطاء الخَراج، وكذا كل أرض عجَز مالكُها عن أداء الخراج، فيُعطِيها الإمامُ لرجل ليَقُومَ عليها، ويُعطِي خراجَها.

وكلٌّ من الثلاثة الأُوَل مملوكةٌ لصاحبها، يجوز بيعُها وشِراؤُها ووقفُها بلا إذنٍ من السُّلطان، وكذا توريثُها كسائر الأملاك، إلا أن الشَّرائيَّةَ لا مُؤنةَ فيها أصلا من العُشْر والخَراج، بخلاف العُشْرية والخَراجية، حتى لو جعَلها صاحبُها وقفًا على جهة لا يَرتفِع عنها العُشر والخراج.

وأما الأميريَّة، فليست مملوكةً لأحد، فلا يجوز بيعُها ولا وقفُها، وتوريثُها وانتقالُها إلى الأولاد الذُّكور بعد موت المتصرِّف بطريق القانون، لا بطريق الإرث، وسيأتي تتِمَّةٌ لهذا المبحث في الوقف.

فمُراد المُصنِّف بالأراضي: الأراضي الميرية، فتأمَّل.

[فرع: العطاء للذي جعَل الإمامُ العطاءَ له، والصلحُ عنه باطلٌ]

(وفي صُلْح «البزَّازية»)، أي: كتاب الصلح منها، (له عَطاءٌ)، هو اسمٌ لما يُعطَى له، (في الدِّيوان)، بكسر الدال وفتحها، وقيل: الفتح خطأ، اسم مُعرَب، يُطلَق بالاشتراك على الكتَبة ومكانِهم وكتابِهم، وكلِّ كتاب وشِعرِ شاعرٍ مُعيَّن، والمراد هنا: كتابُهم، أي: الدَّفْتَر الذي يُكتَب فيه أسماءُ الجيش.

(مات عن ابنَين، فاصطلحا على أن يُكتَب في الدِّيوان اسمُ أحدِهما، ويأخُذ العطاءَ هو، والآخَرُ لا شيء له من العطاء، ويبذُل له)، أي: للآخَر، (مَن كان العطاءُ له مالا معلوما: فالصُّلحُ باطلٌ، ويَرُدُّ بدلَ الصُّلح) إلى مَن كان العطاءُ له، (والعطاءُ للَّذي جعَل الإمامُ العطاءَ له؛ لأن الاستحقاقَ للعطاء بإثباتِ الإمام، لا دخلَ له لرضى الغيرِ وجَعْلِه)، فلا يَستحِقُّ شيئًا في مُقابَلةِ رِضاه، (غيرَ أن السلطان إنْ منَع المُستحِقَّ، وجعَله لغير المُستحِقِّ، فقد ظلَم مرَّتَين في قضيَّةٍ واحدة)، إحداهما: (حِرمانُ المُستحِقِّ، و)الأُخرى: (إثباتُ العطاء لغير المُستحِقِّ، وإقامتُه مقامَه، انتهى) كلام «البزازية»[1].

[تنبيه: تصرُّف القاضي في أموال اليَتامى والتِّركات والأوقاف مُقيَّدٌ بالمصلحة]

(تنبيه آخر: تصرُّف القاضي فيما له فعلُه)، وقولُه: (في أموال اليَتامَى)، بدلٌ من الجارِّ والمجرور قبله، (والتِّركات، والأوقاف، مُقيَّدٌ بالمصلحة) كتصرُّف الإمام

---

(١) «الفتاوى البزازية»، كتاب الصلح، الفصل الثاني في الدين، نوع فيما يشترط قبضه في المجلس (٦/٣٨).

في الرعِيَّة؛ فإن القاضي كالإمام في كثير من الأحكام، حتى قال الأكملُ في «شرح الهداية»: «إنه يُطلَق على القاضي اسمُ السلطان»(١).

(فإن لم يكُنْ تصرُّفُه مَبْنيًّا عليها: لم يصِحَّ، ولهذا قال في «تلخيص الجامع الكبير» للعلامة الخلاطي (من كتاب الوصايا: أوصَى أن يُشتَرى بالثُّلُث من ماله قِنٌّ ويُعتَق عليه، فبانَ)، أي: ظهَر، (بعد الائتمار)، أي: امتثالِ أمره وموتِه وقبولِ المُوصَى له الوصيَّة، (دَينٌ عليه يُحيط بالثُّلُثَين، فشِراءُ القاضي) ينفُذ (عن المُوصِي)، أي: لأجله، (كيلا يصيرَ) القاضي (خَصْمًا بالعُهْدة)، أي: الضمان؛ لأن القاضي ليس من أهل الضمان في أمثال هذا التصرُّف، وإلا لتَباعَدَ القُضاةُ عن قبول الأمانة، فتَتعطَّل مصالحُ المسلمين، (وإعتاقُه) عن المُوصِي (لَغْوٌ؛ لأنه)، أي: القاضي، (تعدَّى وتجاوَزَ (الوصيةَ، وهي الثُّلُث بعد الدَّين).

(قال) العلامة (الفارسيُّ شارحُه)، أي: «تلخيص الجامع»، (وأما إعتاقُه)، أي: القاضي، (فهو لَغْوٌ؛ لتعذُّر تنفيذِه) بعد ظُهور الدَّين (باعتبار الولاية العامَّة).

فإن قيل: إذا كان الدَّينُ مُحيطًا بالثُّلُثَين فقط فلِمَ لا يصِحُّ العتقُ من الثُّلُث ويَسعَى العبدُ فيما بقي؟ أُجيب: بأن إلغاءَ العتق إنما نشَأَ من كونِ المُتصرِّف القاضيَ، (لكونِ نظرِه مشروطًا بالنظر) والمصلحة، (ولم يُوجَد) النظرُ بظُهور الدَّين، (فيَلغُو إعتاقُه) كيلا يصيرَ خَصْمًا، بخلاف الوصيِّ، فإنه لو أعتَقَه: يصِحُّ عتقُه؛ لأنه غيرُ مشروط بالمصلحة، بل هو قائمٌ مقامَ المُوصِي.

---

(١) لم أجد هذه العبارة في «العناية» للبابرتي، وفيه عند قول صاحب «الهداية» في كتاب المكاتب: «فإن أخل بنجم عند غير السلطان»، قال: «أي: القاضي». وقال العيني في «البناية» شارحًا هذا المقام: «أي: عند غير القاضي، والقاضي يطلق عليه السلطان، وكذا على كل من له حكم، حتى إن الرجل سلطان في بيته. والسلطان في الأصل اسم للحجة، ثم أطلق على الحاكم بطريق قوله للرجل العادل: عدل».

والمقصود من هذا النقل ومَحَطُّ الفائدة منه هو التعليل، (انتهى) كلامُ الفارسيِّ.

فقد علِمتَ أن مَناطَ إلغاءِ العتق كونُ نظرِه عامًّا، وذا مُوجِبٌ لعدم الضمان، بخلاف الوصيِّ، فإنه لو أعتق العبدَ: فإنه يعتق ثلُثُه ويَسعَى في باقيه، ولو مات قبل السعاية: يضمَن الوصيُّ، «شيخنا»[١].

[فرع: أداءُ الغريم عن الوصي بأمر القاضي تطوُّعٌ لا يُسقِط دينَه]

(وفي قضاء «الولوالجية»: رجلٌ أوصَى إلى رجل)، أي: جعَله وصيًّا، (وأمَره)، أي: المُوصِي، (أن يَتصدَّق من ماله)، أي: مال المُوصِي، (على فُقراء بلدةٍ كذا بمائةِ دينارٍ، وكان الوصيُّ بعيدًا من تلك البلدة، وله)، أي: للمُوصِي، (بتلك البلدة غريمٌ)، أي: مديونٌ، (له)، أي: للمُوصِي، (عليه)، أي: على ذلك الغريم، (الدراهم)، لا الدنانير المُوصَى بها، (ولم يجِدْ الوصيُّ إلى تلك البلدة سبيلا، فأمَر القاضي) بعد علمِه بالوصية (الغريمَ بصَرْفِ ما عليه من الدراهم إلى الفقراء)، أي: فقراء تلك البلدة، (فصرَفها) الغريمُ إليها: (فالدَّين عليه)، أي: الغريم، (باقٍ) لم يسقُط بهذا الصَّرف؛ لأن أمرَ القاضي أن يتصدَّقَ بما عليه للفقراء مُتضمِّنٌ لتمليك الدَّين لغير مَن عليه الدَّينُ، وهو باطل، فلو كان الغريمُ فعَل ذلك بأمر الوصي، بأن أحال الوصيُّ الفقراءَ على الغريم، فدفَع لهم الغريم: لا يبقَى الدَّينُ، بل برِئَ منه؛ لكَونِ الحوالة تضمَّنت نقلَ الدَّين من ذِمَّةِ الوصيِّ إلى ذمة الغريم، بخلاف ما إذا دفع لهم بأمر القاضي؛ لعدم ما يوجب نقلَ الدَّين، انتهى[٢].

(وهو)، أي: الغريم، (مُتطوِّعٌ)، أي: مُتنفِّلٌ، (في ذلك الصَّرْف). يقتضِي ذلك

---

(١) انظر: «عمدة الناظر» لأبي السعود (ل/ ٢٣٥/ ب).

(٢) انظر: «الفتاوى الولوالجية»، كتاب القضاء، آخر الفصل الثالث في التزكية والتعديل (٤/ ٥٤).

أنه لا يرجع على الفقراء، ولو كان المدفوعُ له قائمًا[١]، كذا في «البحر»[٢].

لكن قال شيخُنا[٣] نقلا عن «البيري»: «إن كان من دفع إلى غيره دراهم، وأراد الاستردادَ لكون الدفع بغير حقٍّ، إن كان الدفعُ بسبب صحيح: لا يرجع، وإلا رجع»[٤].

فمُقتضى هذا أنه يرجع، ولو بعد الهلاك، على الفقراء؛ لكون الدفع بأمر القاضي، تأمَّل.

(ووصِيَّةُ المَيِّت قائمةٌ) لم تنفُذ بعدُ، فيجب تنفيذُها إما بالدفع لفقراء تلك البلدة، أو فُقراءِ غيرها؛ لعدم وجوب تعيين الفقير.

(انتهى) كلام «الولوالجية»[٥].

وذكر المُصنِّف في كتاب الوقف من هذا الكتاب فرعًا عن «القنية»: أنه لو طالَبَ القيِّمُ أهلَ المَحلَّة أن يُقرِض من مال المسجد للإمام، فأبَى، فأمَره القاضي فأقرَضَه، ثم مات الإمامُ مُفلِسًا: لا يضمن، انتهى. وذكر في كتاب القضاء منه أن ما في «القنية» لا ينافي ما في «الولوالجية»؛ لأن الناظر لا يضمن ما أقرَضَه بإذن القاضي.

---

(١) أي: المال المدفوع للفقير قائما بيده.

(٢) لم أجده.

(٣) في هامش (خ): (قوله: لكن قال شيخنا... إلخ. حاصله: أنه لا يعول على ما في «البحر» من قوله: لا يرجع؛ لأنه لم يستند لنقل، وكذا ما في «النهر» من أنه يرجع في القائم دون الهالك، بل المعول عليه ما ذكره البيري من الرجوع مطلقا، حيث استند إلى أمر القاضي، مؤيدا له بنقول المذهب، كما قرره أبو السعود).

(٤) انظر: «عمدة الناظر» لأبي السعود (ل/ ٢٣٦/ أ).

(٥) «الفتاوى الولوالجية»، كتاب الرهن، بداية الفصل الأول في الألفاظ التي ينعقد بها الرهن (٥/ ٥٤).

(وبهذا)، أي: بما ذكره الولوالجي، (عُلم أن أمر القاضي لا ينفُذ إلا إذا وافَق الشَّرع).

[فرع: لا يحِلُّ للقاضي توظيفُ فرَّاشٍ للمسجد بغير شرط الواقف]

(وصرَّح في «الذخيرة» و«الولوالجية» وغيرهما بأن القاضي إذا قرَّر فرَّاشًا للمسجد بغير شرطِ الواقف: لم يَحِلَّ للقاضي ذلك) التقريرُ (ولم يحِلَّ للفرَّاش) المُقرَّر له (تناوُلُ المعلوم) المُقرَّر له بغير شرطِ الواقف، (انتهى[١]). وقد تقدَّم الكلام على هذه المسألة قُبَيلَ القاعدة الثانية من النوع الثاني.

[مطلب: يحرُم إحداثُ الوظائف والمرتبات بالأوقاف]

(وبه)، أي: بهذا المنقول، (عُلِم حرمةُ إحداثِ الوظائف بالأولى؛ لأن المسجد مع احتياجه إلى الفرَّاش لم يجُزْ تقريرُه لإمكانِ استئجارِ فرَّاش) بلا تقرير، (فتقريرُه)، أي: القاضي، (غيرَه)، أي: غيرَ الفراش، (من الوظائف) مع عدم الحاجة (لا يحِلُّ بالأَولى).

وهل يُصرَف من الموقوف على المسجد وقفًا مطلقًا، أو على عمارته، كمؤذِّنٍ وإمام، لم يَشترط الواقفُ لهما شيئا؟ الظاهر من كلامه أنه لا يُصرَف إلا إذا شرط، ولو كان الوقفُ على مصالح المسجد يُصرَف لهما؛ لأنهما من مصالحه. وقد نصَّ الشافعية على ذلك، قال بعضُ الفضلاء: وقواعدُنا لا تأباه. ونصَّ بعضُ الشافعية على أنه يُصرَف للمُؤذِّن والإمام في الوقف المطلق، قال: وقواعدُنا لا تأباه. قال الرمليُّ الشافعيُّ: ويتَّجه إلحاقُ الحصير والدُّهن بهما في ذلك، انتهى، «حموي»[٢].

(١) «الفتاوى الولوالجية»، كتاب الوقف، آخر الفصل الأول في المسجد (٣/ ١٠٠).

(٢) «غمز العيون» (١/ ٣٧٥).

(وبه)، أي: بذلك، (عُلِم حرمةُ إحداث المَرتبات) التي تُسمَّى في عُرف الرُّوم بالزوائد، وهي التي لا في مقابلة خدمة، كالدعاكر[١]، (بالأوقاف بالأَولى)؛ سواء كان فيها فاضِلا أو لا؛ لعدم الاحتياج إليها بالكُلِّية.

وأوَّلُ مَن أحدَثها عبدُ الله القاضي من طرف الدولة العُثمانية سنةَ اثنين وتسعين وتسعمائة، فإنه مدَّ يدَه وأطلَق عنانَ قلَمِه، فلم يُبْقِ وقفًا إلا وقرَّر فيه، إلا ما شذَّ، وجاء قاضٍ بعده وفعل كذلك إلا أنه دونَه، ثم جاء آخَرُ فدمَّر الأوقاف[٢].

والمراد بالأوقاف غيرُ أوقاف السلاطين والأُمراء؛ لعدم لزوم شرطِ الواقف في أوقافهم، فيجوز فيها إحداثُ الوظائف والمرتبات لمن كان من مستحقِّي بيتِ المال.

[مطلب: المراد برعاية شرط الواقف رعاية ما هو المقصود من الشرط]

واعلم أن المراد برعايةِ شرط الواقف رعايةُ ما هو المقصود من الشرط، لا عين الشرط، كما في «القنية» نقلا عن أبي زيد الدَّبُوسي، قال: إذا جعل الوقف على شراء الخُبز والثياب والتصدُّق بها على الفقراء: يجوز أن يتصدَّق بعين الغلَّة من غير شراءِ خُبز وثياب؛ لأن التصدُّق هو المقصود، وكذا لو وقف على أن يُشتَرى بها الخيلُ، فيحمل في سبيل الله: جاز ذلك، فإن أمَر أن يُتصدَّق بالخيل على مُحتاجِي المجاهدين: جاز التصدُّق عليهم بعين الغلَّة، كما في الخُبز والثياب، وإن شرَط أن [يُسلَّم][٣] عينُ الخيل ليُجاهَد عليها من غير تمليكٍ، ويُستَردَّ ممَّن أحبَّ،

(١) كذا في النسخ، ويحتمل أن يكون: (كالدعاوى). ولم يظهر المراد، ولعله تصحيف. وفي «غمز العيون» (١/ ٣٣٤): «المراد... بالمرتبات إعطاؤها لا مقابلة خدمة، بل لصلاح المعطى، أو علمه أو فقره، ويسمى في عرف الروم بالزوائد».

(٢) انظر: «غمز العيون» (١/ ٣٧٦).

(٣) هذه الزيادة موجودة في «القنية»، كما ذكره الدكتور شهاب في تحقيقه.

ويُدفَعَ إلى مَن أحبَّ: لا يجوز التصدُّقُ بعين الغلَّة؛ لأن المقصود في الأوَّل التصدُّق، بخلاف الثاني.

ولو نذَر أن يَتصدَّق بعبده على الفقراء، أو بثوبه، أو بشاتِه: جاز التصدُّق بعينه أو قيمته.

ولو وقف على مُحتاجِي أهلِ العلم أن يُشتَرى لهم الثيابُ والمِدادُ والكاغد: كان له التصدُّقُ عليهم بعين الغلَّة أيضًا.

ولو وقف ليُشترى الكتب ويدفع إلى أهل العلم، فإن كان تمليكًا: يجوز التصدُّقُ بعين الغلَّة، وإنْ إباحةً أو إعارةً: فلا.

ولو وقف على مَن يَسأل في مسجد كذا من فاضل غلَّةِ الوقف كلَّ يوم كذا: فله أن يَتصدَّق على غير السائل فيه أو على فقيرٍ لا يسأل.

قال رحمه الله: والأَولى عندي أن يُراعَى في هذا الأخير شرطُ الواقف، انتهى.

وفي «المنية»: «لو وقَف ضَيعةً، وشرَط فيها بيعَ ما يخرُج من حُبوبِها، ويتصدَّق بثمنها على الفقراء: جاز أن يتصدَّق بعين ما يخرُج منها وبثمَنِها بعد البيع»، انتهى.

[هل يصِحُّ تقرير القاضي المرتباتِ بالأوقاف؟]

(**وقد سُئِلتُ عن تقرير القاضي المرتباتِ بالأوقاف**)، هل التقرير صحيحٌ أو لا ؟ (**فأجَبتُ بأنه إن كان**) المُقرَّر (**من وقفٍ مشروط للفقراء**)، وكان المُقرَّرُ له بالمرتب من الفقراء أيضًا: (**فالتقرير صحيحٌ**) لكونه من مَصارِفه، (**لكنَّه**)، أي: التقرير، (**ليس بلازمٍ**) حتى لا يُصرَف إلى غيره، (**وللناظر الصرفُ إلى غيره**)، أي: غير المُقرَّر له من الفقراء، (**وقَطْعُ الأوَّل**)، وهو المُقرَّر له، (**إلا إذا حكَم القاضي**) بعد المُخاصَمة إليه (**بعدم تقرير غيرِه، فحينئذ يلزَم**).

ولا يخفى أن حاصل هذا الجواب أن إحداثَ المرتب بشرط الواقف، فيجوز، والوقف ليس على مُعيَّنين، فلذا كان غيرَ لازم، وله الصَّرفُ إلى غيره[١]. وهل يصير لازمًا بالحكم؟ نعم؛ يصير لازمًا، ولم أعلَمْ وجهَه، بل لا مدخل للحُكم في لزوم ذلك المرتب، فليُتأمَّل.

وقد تقدَّم في آخر القاعدة الأُولى من هذا النوع، فليُراجَعْ.

(وهي)، أي: هذه المسألة المذكورة، **(في «أوقاف» الخصَّاف وغيره)**.

(وإذا لم يكن من وقف الفقراء)، أي: المشروط عليهم، **(لم يصِحَّ، ولم يحِلَّ، وكذا إذا كان من وقف الفقراء و)**لكن **(قرَّره القاضي لمَن يَملِك نصابًا)**، فيجوز، يعني: لو كان مشروطًا على الأغنياء، وإلا فلا يجوز تقريرُه، كما تقدَّم، تأمَّل.

[هل يصِحُّ تقرير القاضي من فائضِ وقفٍ لم يذكُر الواقفُ مصرفَه]

(ثم سُئِلتُ: لو قرَّر القاضي من فائض وقف)، أي: زوائده، **(سكَت الواقفُ عن)** بيانِ **(مصرفِ فائضِه)**، يعني: لم يُعيِّنْ مصرفًا له، **(فهل يصِحُّ ذلك التقريرُ؟ فأجَبتُ أنه لا يصِحُّ)** تقريرُه **(أيضًا)**.

قيل عليه: لا يخلو: إما أن يبين مصرفَ أهلِ الفائض أو لا يُبيِّنَه، فإن بيَّن، بأن قال: أرضي هذه، أو داري هذه موقوفةٌ على الفقراء، وكان منهم، فتقريرُ القاضي له من فائضِه جائزٌ، كما ذكره أوَّلا، وإن كان مسجدا مثلا بأن قال: أرضي هذه موقوفةٌ على مسجد كذا، أو على إمامه أو مؤذِّنِه، وعيَّن لكلٍّ من إمامه ومؤذِّنه مقدارًا من الغلَّة: لا يجوز تقريرُ القاضي؛ لأن الوقف على المسجد وقفٌ على عمارته على الصحيح، فلا يُصرَف إلى غير عمارته، والزوائدُ في يد المُتولِّي تُحفَظ للعمارة.

---

(١) في (خ): (فإذا كان غير لازم فله الصرف إلى غيره).

وإن لم يُبيِّن بأن قال: أرضي هذه موقوفةٌ أو صدقةٌ، وسكَت: فيجوز تقريرُ القاضي له؛ لأن مصرف هذا الوقف هو الفقراء، على ما في «الخانية»[(١)].

فقولُه: سكَت الواقفُ عن مصرف فائضِه، يحتمِل صورتَين، بأن بيَّن الواقفُ الموقوفَ عليهم، كأن قال: على الفقراء أو المسجد، مثلا وسكَت عن بيان الفائض، أو لم يُبيِّنْ الوقفَ على أحد، فإن أراد الأوَّلَ: فغيرُ صحيح، وإن أراد الثالث: فكذلك، وإن أراد المسجدَ: فيَصِحُّ.

[حكمُ صَرْف فاضل الوقف إلى الفقراء]

فقولُه: (لما في «التاتارخانية» أن فائضَ الوقف لا يُصرَف إلى الفقراء)، لا يُثبِت مُدَّعاه، بل إنما يثبت بالنسبة إلى فاضل المسجد، وعدمُ جوازِ التقرير في فائضِه لا يدلُّ على عدمه في فائض غيره؛ لأن عدم الجواز في المسجد ضرورةَ الصَّرْف إلى العمارة، بخلافه في غيره.

وعبارة «التاتارخانية»: «الفاضل من وقف المسجد هل يُصرَف إلى الفقراء؟ قيل: لا يُصرف، وإنه صحيح، ولكن يَشتري به مُستغلًّا»[(٢)]. وهذا إذا لم يشترط فاضل العمارة للفقراء، فإن شرط ففيه تفصيلٌ.

قال في «البحر»: «ومن المسائل المُهِمَّة أنه إذا وقف على عمارة المسجد على أن الفاضل من العمارة للفقراء، فاجتمعت الغلَّةُ، والمسجد غيرُ محتاج إلى

---

(١) قال فيها (٣/ ٢٨٦): «ولو قال: داري هذه موقوفة صدقة، أو صدقة موقوفة، ولم يزد على ذلك: جاز في قول أبي يوسف ومحمد وهلال المرادي رحمهم الله تعالى، ويكون وقفًا على الفقراء...، والصحيح قول أصحابنا رحمهم الله تعالى؛ لأن محل الصدقة في الأصل الفقراء فلا يحتاج إلى ذكر الفقراء».

(٢) «الفتاوى التاتارخانية»، كتاب الوقف، الفصل الحادي والعشرون في المساجد (٨/ ١٧٩).

العمارة، قال أبو بكر: تُحبَس الغلّة؛ لأنه ربما يحدُث في المسجد حدَثٌ، أو الأرض لا تَغُلُّ[١]، وقال أبو جعفر: الجواب كما قال، وعندي: أنه لو علم أنه اجتمع من الغلة مقدارٌ ما لو احتاج المسجد أو الأرض إلى العمارة يمكن العمارةُ ويَفضُل: تُصرَف الزيادة إلى الفقراء على ما شرَط الواقف، وهو مختار الفقيه أبي الليث»[٢]، واختاره في «الخانية»[٣]، انتهى.

وفي هذا القيل نظرٌ؛ إذ لا معنى لهذا الترديد؛ لأن كلام المُصنِّف في فاضل الوقف، لا الوقفِ مطلقًا، ولا يَتعيَّن الفاضلُ إلا إذا بُيِّن المقدارُ للموقوف عليهم، سواء كان في وقف الفقراء أو وقف المسجد، فهل يُصرَف هذا الفاضلُ إلى الفقراء أو لا؟ فلو قرَّر القاضي فيه فقيرًا يصِحُّ أو لا؟ وهذا السؤال.

نعم؛ قولُه: «لا يصح... إلخ»، مخالفٌ لما في «الخصَّاف»: «لو وقَف أرضَه، وجعلها صدقةً موقوفةً لله تعالى على فقراء قرابته، وعيَّن لكلٍّ منهما مقدارًا: فالفاضل يُصرَف إلى المساكين؛ لأنه قال: أرضُه صدقةٌ، كما في «البيري»[٤].

فيُحمل كلامُ المُصنِّف وما في «التاتارخانية» على المسجد؛ فإنه لاحتياجه إلى العمارة وعدم شرطِ الواقف فيه الصرفَ إلى الفقراء: لا يُصرَف إليهم. كيف!؟ ولو شرط صرفَ الفاضل إليهم: اختُلف فيه على ما سمعته من عبارة «البحر»، فإذا لم يشرطه بالأولى، على أن ما في «التاتارخانية» وقع في بعض المواضع منها: يُصرَف إليهم، وفي بعضها: لا يُصرَف إليهم، فيُحمل على هذا.

---

(١) أي: ربما تصير الأرض بحال لا تخرج لها غلة.
(٢) «البحر الرائق»، كتاب الوقف، بناء منارة من غلة وقف المسجد (٥/ ٢٣٣).
(٣) «فتاوى قاضي خان»، كتاب الوقف، باب الرجل يجعل داره مسجدا (٣/ ٣٣٠).
(٤) مفعول لقوله: (شرط).

وإذا لم يُصرَف الفاضلُ إلى الفقراء يَبقَى تحت يدِ الناظر لأجل العمارة، فهل يجوز أن يَشتَريَ به مغلًّا للوقف؟ وهل المُشتَرى يصير وقفًا أو لا؟ بيَّنه بقوله:

(وإنما يَشتري) الناظرُ (به)، أي: الفائض، (مُستغِلًّا) للوقف. وهذه المسألة خلافيَّة، قيل: يجوز شراؤُه مستغلا، وقيل: لا يجوز.

ففي «القنية»: اجتمع مالُ المسجد، ليس للقيِّم أن يَشتَري به دارًا للوقف، ولو فعل ذلك: يكون وقفًا له، ويضمن، ومحمد بن سملة أفتى بالجواز استحسانًا، وفي القياس: لا يجوز، والأقربُ إلى الجواز أن يأذَن الحاكمُ، ورقم بعلامة («نج»[1]).

إنما يجوز الشراءُ بإذن الحاكم لأنه لا يستفيد الشراءَ بمُجرَّد تفويض القوامةِ إليه.

وفي «البزازية»: «اشترى المُتولِّي بغلة المسجد دارًا أو حانوتًا لأجل المسجد، ثم باع ذلك: اختلفوا فيه، والصحيح أنه يجوز؛ لأن المشترى بمال المسجد[2] لا يكون من أوقاف المسجد؛ لانعدام شرطِ الواقف فيه، وذكر أبو الليث في الاستحسان أنه يصير وقفًا»[3].

ومثله في «الخانية»، قال: «إذا اجتمعت الغلةُ، فاشترى بها بيوتا للوقف: جاز، وهل يصير وقفا؟ اختلف المشايخ فيه، والمختار أنه يجوز بيعها إذا احتاجوا إليه، قال الفقيه: وينبغي أن يكون ذلك بأمر الحاكم»[4].

---

(١) كذا في (ع). وفي (خ): (نج). وفي (م): (تج). وفي غيرها: (بخ).

(٢) في النسخ: (لأن المشترى للمسجد). والمثبت من «البزازية».

(٣) «الفتاوى البزازية»، كتاب الوقف، الفصل الثالث في صحته وفساده، آخر نوع في ألفاظ جارية في الوقف (٦/ ٢٦٦).

(٤) عبارة قاضي خان في «فتاواه» (٣/ ٢٩٧): «المتولي إذا اشترى من غلة المسجد حانوتًا أو دارًا أو مستغلًا آخر: جاز؛ لأن هذا من مصالح المسجد، فإذا أراد المتولي أن يبيع ما اشترى وباع: اختلفوا =

لكن يُعارِضُه ما في «الخانية»: «إن الناظر له صرفُ فائضِ الوقف إلى جهاتِ بِرٍّ بحسب ما يراه»(١)، فتأمَّل.

هذا في حكم فاضل الوقف بالنسبة إلى الفقراء.

[حكمُ صَرْف فاضل الوقف إلى عمارة وقفٍ آخَر]

وأما بالنسبة إلى عمارة وقفٍ آخَر، فهل يُصرَف أو لا؟ فيه تفصيلٌ بيَّنه بقوله:

(وصرَّح في «البزازية»، وتبِعه في «الدُّرَر والغُرَر» بأنه لا يُصرَف فائضُ وقفٍ لوقفٍ آخر، اتَّحد وقفُهما أو اختلف، انتهى).

وعبارة «البزازية»: أن «الواقفَ، ومحلَّ الوقف، أعني: الجهةَ، إنْ اتَّحدَا، بأن كان وقفًا على المسجد، أحدهما إلى عمارته والآخَرُ إلى إمامه أو مؤذنه، والإمام والمؤذِّن لا يَستقِرُّ لِقِلَّة المرسوم: للحاكم الدَّيِّن أن يُصرِفَ من فاضل وقف المصالح والعمارة إلى الإمام والمؤذِّن باستصواب أهل الصلاح من أهل المحلَّة إن كان الواقفُ مُتَّحِدًا؛ لأن غرض الواقف إحياءُ وقفه، وذلك يحصُل بما قلنا. أما إذا اختلف الواقف، أو اتَّحد الواقفُ واختلفت الجهةُ، بأن بنَى مدرسةً أو مسجدًا،

= فيه، قال بعضهم: لا يجوز هذا البيع؛ لأن هذا صار من أوقاف المسجد، وقال بعضهم: يجوز هذا البيع، وهو الصحيح؛ لأن المشتري لم يذكر شيئًا من شرائط الوقف، فلا يكون ما اشترى من جملة أوقاف المسجد».

(١) قال قاضي خان في «فتاواه» (٣/ ٣٠١): «فإن فضل شيء يصرفه إلى ذلك البر، والمراد من وجه البر ههنا: وجه فيه تصدق بالغلة على نوع من الفقراء، نحو فك أسارى المسلمين، أو إعانة الغازي المنقطع؛ لأن هؤلاء من أهل التصدق عليهم، فجاز صرف الغلة إليهم. فأما عمارة المسجد والرباط ونحو ذلك مما ليس بأهل للتملك: لا يجوز صرف الغلة إليه؛ لأن التصدق عبارة عن التمليك، فلا يصح إلا ممن هو من أهل التملك».

وعيَّن لكلٍّ وقفًا، وفضُل من غلَّة أحدهما: لا يُبدل شرطُ الواقف، وكذا إذا اختلف الواقفُ، لا الجهةُ: يُتَّبع شرطُ الواقف»[١]، انتهى.

وفي «الدرر»: إذا اتحد الواقفُ والجهة، بأن بنَى رجلٌ مسجدَين، وعيَّن لمصالحِ كلٍّ منهما وقفًا، وقلَّ مرسومُ بعض الموقوف عليه، بأن انتقَص مرسومُ إمامِ أحدِ المسجدَين أو مُؤذِّنِه بسبب كونِ وقفِه خرابًا: جاز للحاكم أن يَصرِفَ من فاضل الوقف الآخَر عليه؛ لأنهما كشيءٍ واحد. وإن اختلف أحدُهما، بأن بنَى رجلان مسجدَين، أو رجلٌ مسجدًا ومدرسةً، ووقَف لهما أوقافًا: فلا»[٢]، انتهى.

فظهر من كلامهما أربعُ صُوَر: صورتان في الاتحاد، وصورتانِ في الاختلاف.

الأُولى: اتحاد الواقف والجهة، بأن بنى مسجدَين، وعيَّن لكلٍّ منهما وقفًا، وقلَّ مرسومُ إمامٍ أو مؤذِّنٍ أحدهما: جاز للحاكم أن يَصرف أحدَهما إلى الآخر، وهو المذكور في «الدرر».

الثانية: بنَى مسجدًا، وعيَّن لإمامه أو لمؤذِّنه وقفًا، ولعمارته وقفًا، وهو المذكور في «البزَّازية».

الثالثة: بنَى مسجدًا ومدرسةً، وعيَّن لكلٍّ وقفًا.

الرابعة: بنى رجلان، أحدُهما مسجدًا والآخَرُ مدرسةً، أو مسجدَين.

ففي الأُولَيَين يجوز صرفُ أحدِهما إلى الآخَر، وفي الأُخرَيَين لا يجوز.

إذا علِمتَ ذلك، فكلام المُصنِّف محمولٌ على صورتَي الاختلاف بقرينة قوله:

---

(١) «الفتاوى البزازية»، كتاب الوقف، الفصل الثالث في صحته وفساده، نوع في وقف المنقول (٦/ ٢٦١).

(٢) «درر الحكام»، كتاب الوقف (٢/ ١٣٦).

«لوَقْفٍ آخَرَ». وأما في صورة اتحاد الواقف، فالمسجدان كشيءٍ واحد، كما صرَّح به صاحب «الدرر»، فلا مخالفة بينهما في الحقيقة.

فاندفع بذلك أن كلامه لا يوافق كلامَ «الدرر» ولا «البزَّازية»، فتأمل.

والحاصل أن عند اتحاد الواقف والجهة يجوز صرفُ أحدِهما إلى الآخر، وإلا فلا.

[القضاءُ بخلاف شرطِ الواقف قضاءٌ باطلٌ]

(وكتَبنا في «شرح الكنز» من كتاب القضاء أنَّ من القضاء الباطل القضاءُ بخلافِ شرطِ الواقف؛ لأن مخالفتَه كمُخالفة النصِّ[1]). هذا في وقف يَملِك واقفُه ما وقَفه. وأما فيما ليس كذلك، كوقف السلاطين والأُمراء، فإن شرطَه ليس بواجب الرعاية؛ لأن وقفهم حكمُه حكم الإرصاد، لا حكمُ الوقف الذي ملكه واقِفُوه، فلا يَتقيَّد بما شرَطه الواقفُ فيه، فإنه مالُ بيت المال، وهو لمصالح المسلمين، فإذا قرَّر فيه بعضَ مَن له استحقاقٌ في بيت المال: جاز له أن يأكُل منه وإن لم يعمل بذلك الشرط، ولو لم يكن بصفة الاستحقاق في بيت المال: لا يجوز له أن يأكُل منه، كذا في «فتاوى السُّيوطي»[2]، وسيجيء ما فيه.

[فرع: لا يجوز تزويج القاضي الصغيرة من غير كفء]

(وفي «الملتقط»: القاضي إذا زوَّج الصغيرةَ من غير كُفْءٍ: لم يجُزْ[3]) ذلك التزويج؛ لعدم المصلحة فيه.

---

(١) انظر: «البحر الرائق»، كتاب القضاء، باب كتاب القاضي، القضاء بشهادة الزور (٧/ ١٤).

(٢) انظر: «الحاوي للفتاوى»، باب الوقف، مسائل متفرقة (١/ ١٨١).

(٣) عبارة «الملتقط»، كتاب النكاح، مطلب: لو غزلت قطن زوجها (ص ١٠٢): «ولي غير الأب زوج الصغيرة غير كفؤ، فأدركت الصغيرة فأجازت: لا يجوز ولا يعتبر به أن يملك قدر جميع المهر في الكفاءة».

[فرع: لا يصِحُّ إبراءُ القاضي المالك عن موجب الحائطِ المائل بعد الإشهاد]

(فعُلِم) مما ذُكِر كلُّه (أن فعلَه)، أي: القاضي، (مُقيَّدٌ بالمصلحة، ولهذا)، أي: لكون فعلِه مُقيَّدًا بها، (صرَّحُوا بأن الحائط إذا مالَ إلى الطريق) العامِّ، (فأشهَد واحدٌ) ممَّن له حقُّ المرور، مسلمًا كان أو كافرًا، رجلا أو امرأة، حُرًّا أو مكاتبا؛ لأن الناس في المرور شُركاء، فلكلِّ واحدٍ منهم التقدُّم والإشهادُ، ثم التقدُّم أن يقول: ارفع حائطَك فإنه مائلٌ، والإشهاد أن يقول: اشهَدُوا أني تقدَّمتُ إليه وطلَبتُ منه نَقْضَ الحائط. وفائدةُ التقدُّم: تضمين ما تلِف به إن لم ينقُضْه في مُدَّةٍ يُمكِنه نقضُه نيها، والإشهادُ للتحرُّزِ عن الإنكار.

(على مالكه) أو على مَن يَملِك نقضَه، كأبِ الطِّفل، والوصيِّ، والمُكاتَب، والتاجر، (ثم أبرَأه القاضي) عن موجب الحائط: (لا يصِحُّ) إبراؤُه، (كما في «التهذيب»).

(وكذا لا يجوز تأجيلُ القاضي) في نقض الحائط؛ (لأن الحقَّ ليس له)، أي: للقاضي، فلا يصِحُّ إبراؤه ولا تأجلُيه عن لُزوم الضمان، (كذا في «جامع الفصولين»[1]).

وأما إبراءُ مَن أشهَد عليه أو تأجيلُه، فلا يخلو: إما أن يكون الحائطُ مائلا إلى داره أو إلى الطريق العامِّ، فإن كان الأول: فهو صحيح، فلا يَضمَن ما تلِف بوُقوعه بعده إلا إذا وقع بعد تمام الأجل، فإنه حينئذ يضمن، وإن كان الثاني: فلا يصح التأجيلُ في حقِّ غيره بلا شكٍّ، حتى لو تلِف بوقوعه شيءٌ لغيره: ضمِن، وكذا لا يصح في حقِّ من أجَّله؛ لأن تأجيله لم يقع في محلِّه، كذا في «جامع الفصولين»[2].

والله سبحانه أعلم.

---

(١) انظر: «جامع الفصولين»، أواخر الفصل السادس والثلاثون في مسائل الحيطان (٢/ ٢١١).

(٢) انظر: «جامع الفصولين»، أواخر الفصل السادس والثلاثون في مسائل الحيطان (٢/ ٢١١).

[القاعدة السادسة: الحُدود تُدرَأُ بالشُّبُهات]

(القاعدة السادسة) من النوع الثاني للقواعد: (الحُدود)، جمعُ حَدٍّ، وهو لغةً: المنعُ، وشرعًا: عُقوبةٌ مُقدَّرةٌ تجب حقًّا لله تعالى. فخرَج التعزيرُ والقصاص لغلبة حقِّ العبد في الثاني، حتى يسقُطَ بالعفو والاعتياض عنه.

ومشروعيَّتُها للزَّجْر عن ارتكاب ما تقتضيه الطِّباعُ الشريرةُ من الشُّرب، والزِّنا، والاستطالة بالقذف، وأخذِ مالِ الغير، والضرب، وقطعِ الطريق، ليَبقى العالَمُ على النظام.

(تُدرَأُ)، أي: لا تُقام، وتُدفَع، (بـ)سبب (الشُّبُهات)، جمع شُبهة، وستأتي.

[مأخَذُ القاعدة وأصلُها]

(وهو)، أي: هذا القول، (حديثٌ رواه الأسيوطيُّ مُعزِيًا إلى ابن عَدِيٍّ، من حديث ابن عبَّاس رضي الله عنهما[1]).

ثم ذكَر سائرَ الأحاديث المُتعلِّقة بدَرْءِ الحدِّ، فقال:

(وأخرَج ابنُ ماجه من حديث أبي هريرة رضي الله عنه: ادفَعُوا الحدودَ) عن الناس (ما استطعتُم[2]) الدَّفْعَ، بأن وجدتم له مَسْلكًا.

(وأخرج الترمذيُّ والحاكم) في كتاب الحدود، وصحَّحه الحاكم: (ادرَؤُوا) أيُّها الأئمَّةُ (الحُدودَ)، أي: إيجابَها، بأن تَبحثُوا وتنظُروا ما يَمنَع ذلك، (عن المسلمين)

---

(١) انظر: «الأشباه والنظائر» للسيوطي، الكتاب الثاني، القاعدة الخامسة (ص ١٢٢). وعزاه إلى «جزء» لابن عدي في حديث ابن عباس رضي الله عنهما، بلفظ: «ادرَؤوا الحدودَ بالشُّبهات».

(٢) رواه في «سننه»، كتاب الحدود، باب الستر على المؤمن ودفع الحدود بالشبهات، برقم (٢٥٤٥)، ولفظه: «ادفعوا الحدود ما وجدتم له مدفعًا».

المُلتزِمين للأحكام، والتقييدُ أغلبيٌّ أو للتنبيه على أن الدَّرْءَ عن المسلم أهمُّ، (ما استطعتُم)، أي: مُدَّةَ استطاعتكم ذلك، (فإن وجدتم للمسلم مَخرجًا) عن إيجاب الحد، والمقامُ مقامُ إضمار، عدَل به إلى الظاهر إشارةً إلى أن وصف الإسلام مُرجِّحٌ لجانب العَفْو ووجودِ مَخرجٍ له، (فخَلُّوا سبيلَهم)، ورجوعُ الضمير إليه جَمْعًا إشارةٌ على أن المراد به الجنس[1]، أي: اترُكوه ولا تَحُدُّوه، وإن قوِيتِ الرِّيبةُ.

«قال ابن العربي: من السَّعْيِ في الدَّرْء الإعراضُ عنه والتعريضُ له، كما فعَل النبيُّ ﷺ بماعز، حيث قال له: «لعلَّك قبَّلتَ، لعلَّك فاخَذْتَ»[2]، وكما قال لمن اتُّهِم بسَرِقة: «ما إخالُكَ سرَقتَ»[3]»[4].

ثم علَّل ذلك بقوله: (فإن الإمام) المُخاطَبَ بالدَّرْء عن المسلمين، أُقيمَ مقامَ المُضمَر على الالتفات من الخطاب إلى الغَيبة حضًّا له على إظهار الرَّأفة والرحمة، يعني: أن مِن حقِّ إمامِ المسلمين وقائدِهم أن يُرجِّحَ جانبَ العفو ما أمكن، والكلام في غيرِ خبيثٍ شِريرٍ مُتظاهِرٍ بالإيذاء والفساد، فإنه لا يُدرَأ عنه.

(لَأَنْ يُخطِئَ في العَفْو خيرٌ له من أن يُخطِئَ في العُقوبة[5])، أي: خطَؤُه في العفو خيرٌ من خطَئِه في العقوبة، واسمُ التفضيل ليس على بابه؛ إذ الخطأ في

---

(١) ولفظ «الترمذي» و«الحاكم»: «سبيله»، فلينظر.

(٢) رواه البخاري في «صحيحه»، كتاب الحدود، باب هل يقول الإمام للمقر: لعلك لمست أو غمزت، برقم (٦٨٢٤)، بلفظ: «لعلك قبلت، أو غمزت، أو نظرت». ورواه الدارقطني في «سننه»، برقم (٣٢٢٥)، ولفظه: «لعلك قبلت، لعلك لمست».

(٣) سنن أبي داود، كتاب الحدود، باب في التلقين في الحد، برقم (٤٣٨٠).

(٤) نقله عنه المناوي في «فيض القدير» (١/ ٢٢٦).

(٥) رواه الترمذي في «سننه»، كتاب الحدود، باب ما جاء في درء الحد، برقم (١٤٢٤). ورواه الحاكم في «المستدرك»، كتاب الحدود، برقم (٨١٦٣)، وصححه.

العقوبة لا خيرَ فيه، وإنما المراد الترهيبُ من المُؤاخَذة مع أدنى شُبهة.

(وأخرج الطبَراني عن ابن مسعود رضي الله عنه موقوفًا)، أي: لم يُضِفْه للنبيِّ ﷺ، (ادرؤُوا) أيُّها الأئمَّةُ (الحُدودَ والقتل عن عباد الله)، مُسلِمًا أو كتابيًا، (ما استطعتُم[1]).

(وفي «فتح القدير»: أجمع فقهاءُ الأمصار على أن الحدود تُدرَأ بالشُّبُهات[2])، يعني: فثبَتَت هذه القاعدةُ بالإجماع كما أنها ثبتت بالحديث.

ولا يقال: هو خبَرُ آحادٍ، فلا يفيد القطعَ، دفَعه بقوله: (والحديثُ)، أي: جنسُه، (المَروِيُّ في ذلك)، أي: في درء الحدود بالشُّبهات، (مُتَّفقٌ عليه)، أي: اتفق العلماءُ على صحة معناه، وإن كان بعضُها غيرَ مُصحَّحٍ عند أهل الحديث، لكن مجموع الأحاديث اتُّفِق على صحةِ معناها، (وتلقَّتْه الأئمَّةُ)، أي: الفقهاء أو أهل الحديث، (بالقبول)، فيفيد العلمَ بمعناه ويُقطَع بالعمل بمُوجَبه. وهذا ردٌّ على الكرخيِّ القائلِ بإفادته الظنَّ.

[تعريف الشبهة وبيان نوعَيها]

(والشُّبهةُ) اسمُ (ما)، أي: دليلٍ، (يُشبِه) الدليلَ (الثابتَ) للحِلِّ، (وليس) ذلك الدليلُ المُشبَّه به (بثابتٍ) له في نفس الأمر، كظنِّ غير الدليلِ دليلا، أو للدليل النافي لحُرمة المحلِّ، وليس بنافٍ له في نفس الأمر.

(وأصحابُنا قسَّموها)، أي: الشبهة، (إلى شبهةٍ في الفعل، وتُسمَّى) هذه الشبهةُ (شبهةَ اشتباهٍ)، أي: شبهة سببُها الاشتباهُ، أي: اشتباهُ غير الدليل بالدليل، (وإلى

---

(١) المعجم الكبير للطبراني، برقم (٩٦٩٥).

(٢) انظر: «فتح القدير»، كتاب الحدود، باب الوطء الذي يوجب الحد (٥/ ٢٤٩).

شُبهةٍ في المحلِّ)، أي: محلِّ الفعل، بقيام دليلٍ نافٍ للحرمة لو قُطِع النظرُ عن المحلِّ ونُظِر إلى نفس الدليل، وتُسمَّى هذه الشُّبهةُ شبهةً حُكميَّة.

[الشبهة في الفعل]

(فالأُولى) منهما (تتحقَّق في حقِّ مَن اشتبَه عليه الحِلُّ والحُرمة، فظنَّ غيرَ الدليل)، أي: دليل الحِلِّ، (دليلا) عليه، ولا تتحقَّق في غيره؛ لأن المحلَّ خالٍ عن المِلك، فكان زنا حقيقةً، غير أنه سقط عنه الحدُّ بمعنًى راجعٍ إليه، وهو الظنُّ، ولهذا لو جاءت بولدٍ لا يثبُت نسبُه وإن ادَّعاه.

(فلا بُدَّ) في درء الحدِّ عن الجاني (مَن الظنِّ)، أي: ظن الحِلِّ بجَعْل غير الدليل دليلا عليه، (وإلا)، أي: وإن لم يوجَد الظنُّ، (فلا شبهةَ أصلا)؛ إذ الغرض أن هذه الشبهة مَنشَؤُها من دليل الحِلِّ العارض لدليل الحرمة عنده، فظنَّ الدليلَ الأوَّلَ هو الراجح، وحيث لم يتحقَّق الظنُّ لا دليل له أصلا حتى تثبُت الشبهةُ في نفس الأمر، فلا تحقُّقَ، فيُحَدُّ، بخلاف الثانية، فإن الشبهة فيها لقُوَّتِها دارِئةٌ للحدِّ وإن لم يوجد الظنُّ.

وهذه الشبهة تتحقَّق في اثنَي عشر موضعًا، ذكرها بقوله:

[مواضع تحقُّق الشبهة في الفعل]

(كظنِّه حِلَّ وطءِ جاريةِ زوجته، أو) جاريةِ (أبيه، أو) جارية (أُمِّه، أو) جارية (جدِّه، أو) جارية (جدَّته وإن علَيَا). لو قال: «أصلُه وإن علا»، لكان أظهرَ وأخصَر، فإن هذا الوطء وإن كان زنًا لعدم الملك وحقِّ التملُّك، إلا أن البُسوطة تجري بينهما في الانتفاع والرضا بذلك عادةً، وهي تُجوِّز الانتفاعَ بالمال شرعًا، فكان ظنًّا في موضع الاشتباه، فيُعذَر؛ لأن الوطء للجواري من قَبِيل الاستخدام، والاستخدامُ حلال، فكذا الوطءُ، فيَشتبه الحال، فيَمنع الحدَّ.

(و)كظنِّه حِلَّ (وَطْء المُطلَّقة ثلاثًا)، مُتفرِّقةً كانت أو جُملة، وقيل: إن المُطلَّقة الثلاثِ جملةً ليست حُرمتُها قطعيَّةً، (في العِدَّة، أو) المُطلَّقة (بائِنًا على مالٍ)؛ لأن حرمتها ثابتةٌ بالإجماع، فكانت كالمطلَّقة ثلاثًا، (والمُختلِعة) على الصحيح، وقيل: لا يُحدُّ بوطئها؛ لاختلاف الصحابة في كونها بائنًا، «بحر»[1].

(و)كظنٍّ (وَطْءِ أُمِّ الولد إذا أعتقَها وهي)، أي: أم الولد، (في العِدَّة)، فإن وَطْئَها بعد العتق حرامٌ بالإجماع.

فحُرمة هؤلاء وإن كان مقطوعًا بها، إلا أن بقاء أثر الفِراش، وهي: العِدَّة، وثبوتُ النسب، والنفقة، وحرمةُ أختِها، وعدم قبول شهادةِ أحدِهما للآخَر، فحصَل الاشتباهُ لذلك، فلا يَبعُد أن يُورِث شبهةَ الحِلِّ في كل واحدةٍ منهن.

(و)كظنِّه حِلَّ (وَطْءِ) العبدِ (جاريةَ مولاه)، فإنه وإن كان زنا إلا أنَّ احتياجَ العَبيد إلى مال المولى لعدم مالٍ لهم يَنتفعون به لكمال البُسوطة بين المولى وعبده، مع أنهم معذورون بالجهل، لا يَبعُد أن يكون مَظِنَّةً لاعتقادهم حِلَّ وطءِ إمائه.

(و)كظنٍّ حِلَّ (وَطْء الجارية المرهونة) في حقِّ المرتهن، فإن مالكيَّةَ المُرتَهن المرهونةَ مِلْكَ يدٍ لا يَبعُد أن يُفيد ظنَّ حلِّ وطء المرهونةِ له، (في رواية)، وهي رواية كتاب الحدود، وهو الأظهرُ، كما في «الزيلعي»[2].

(ومُستعِير الرَّهن كالمُرتهن) في الحكم المذكور.

(ففي هذه المواضع لا حدَّ على الزاني إذا قال: ظَنَنْتُ أنها تَحِلُّ لي)، وكذا إذا قالت الجارية هذا القول، فإذا قالاه بالأولى.

---

(١) «البحر الرائق»، كتاب الحدود، باب الوطء الذي يوجب الحد (٥/ ١٣).

(٢) قال في «التبيين» (٣/ ١٧٧): «وهو المختار».

(ولو قال: علِمتُ أنها حرامٌ عليَّ، وجب الحدُّ).

(ولو ادَّعى أحدُهما) من الزاني والمَزنِيَّة (الظنَّ)، أي: ظن الحِلِّ، (والآخَرُ لم يَدَّعِ ذلك)، يشمل الشاكَّ والعالِمَ والساكتَ أيضًا: (لا حدَّ عليهما حتى يُقِرَّا جميعًا بعلمهما بالحرمة).

قال الزَّيلعي: «كما يسقُط الحدُّ عنهما [بدعوى الفَحْل][1]، يسقُط عنهما بدعوى الجاريةِ الحِلَّ. وعن أبي حنيفة: أنه لا يسقط عنه؛ لأنها تبَعٌ، وسُقوطُه عن التبَع لا يوجب سقوطه عن المتبوع، كالبالغ إذا زنى بصبِيَّة. والظاهر الأوَّلُ؛ لأن سقوط الحدِّ عنها باعتبار الشُّبهة، فيتعدَّى إليه؛ لأن الفعل واحدٌ، بخلاف الصبِيَّة؛ لأن عدم الوجوب عليها باعتبار عدم الأهلية، فلا يُمكن تعدِّيه إليه، فيَقتصِر عليها»[2].

[الثانية: الشبهة في المحل]

(و)الثانية منهما: (الشُّبهة في المَحلِّ)، وتُسمَّى شبهةً حُكمية، وهي تثبُت في المحل باعتبار قيام دليلٍ نافٍ للحرمة ذاتًا، أي: بالنظر إلى ذات الدليل مع قطع النظر عن المانع يكون نافيًا[3] للحرمة.

[مواضع تحقُّقِ الشُّبهة في المحلِّ]

وهي (في سِتَّة مواضِعَ):

الأوَّل: (جارية ابنِه)، يعني: فرعَه ولو سفَل؛ فإن الدليل النافي للحُرمة فيه: «أنت

---

(١) زيادة مستدركة من «التبيين».

(٢) «تبيين الحقائق»، كتاب الحدود، باب الوطء الذي يوجب الحد (٣/ ١٧٧ ـ ١٧٨).

(٣) كذا في (خ). وفي بقية النسخ: (منافيا).

ومالُكَ لأبيك»[1]؛ فإنه لم يثبُت به حقيقةُ الملك، لكن تثبُت شبهتُه. والمراد بجارية الابن: غيرُ المَوطُوءَةِ له، وأما لو وطِئَ موطوءةَ ابنِه يُحَدُّ على الأظهر، «فتح»[2].

وهل الجارية المُشتَركة بينَه وبين أجنبيٍّ كذلك؟ قال الحمَوي: «لم أرَه، والظاهر أنه كذلك؛ لقولهم: إن ما فيها من الملكِ يكفي لصحة الاستيلادِ فيها لو كانت مُشتَركةً بين الواطئ وغيره، فليكن ما فيها من حقِّ التملُّك دارئًا للحدِّ؛ لأن للأب حقَّ تملُّكِ مالِ ابنه عند الحاجة»، انتهى[3].

(و)الثانية: (**المُطلَّقةُ طلاقًا بائنًا بالكناياتِ**) من ألفاظ الطلاق ما دامت في العِدَّة؛ لما أنها عند بعض الصحابة رَوَاجِعُ. فإن قيل: اختلافُهم واقعٌ في الخُلع، فينبغي أن يكون أيضًا من قَبيل الشبهة في المحلِّ، قلنا: اختلافهم في كونه فسخًا أو طلاقًا، لا في كونه رَجعِيًا أو بائنًا.

(و)الثالثة: (**الجارية المَبيعةُ إذا وطِئها البائعُ قبل تسليمها إلى المشتري**)، فإن كونَ المبيعة في يد البائع بحيث لو هلكت انتقض البيعُ: دليلُ الملك.

(و)الرابعة: الجارية (**المَجعُولةُ مهرًا إذا وطِئها الزوجُ**)، أي: زوج المرأة، (**قبل تسليمِها إلى الزَّوجة**) التي جُعِلت الجاريةُ مهرًا لها، فإن كونَ المهر صِلَةً غيرَ مُقابَلٍ بمالٍ دليلُ عدم زوالِ ملكِ الزوج.

(و)الخامسة: الجارية (**المُشتَركة بين الواطِئ وغيرِه**)، فإن ملكَه في البعض ثابتٌ شرعًا، فكانت الشُّبهةُ فيه أظهرَ.

---

(١) رواه ابن ماجه في «سننه»، أبواب التجارات، باب ما للرجل من مال ولده، برقم (٢٢٩١).

(٢) انظر: «فتح القدير»، كتاب الحدود، باب الوطء الذي يوجب الحد (٥/ ٢٥٠).

(٣) «غمز العيون» (١/ ٣٨١).

قال في «البحر»: «يدخل فيه وطءُ الرجل من الغانِمين قبلَ القسمة جاريةً من الغنيمة، سواء كان بعد الإحراز بدار الإسلام أو قبله؛ لثُبوت الحقِّ له في البعض بالاستيلاء»[١].

(و)السادسة: الجارية (المرهونة إذا وطِئها المُرتهن)؛ لأن استيفاء الدَّين تبَعٌ لها عند الهلاك، وقد انعقد له سببُ الملك في الحال، فصارت كالمُشتَراة بشرط الخيارِ للبائع، (في رواية كتاب الرهن، وقد علِمتَ) مما سبق من تنكير «رواية» أو من محلِّه في «فتح القدير»[٢]، (أنها)، أي: هذه الرواية، (غيرُ المختارة)، والمُختارة روايةُ كتاب الحدود، فتكون من القسم الأول، لا من هذا القسم.

وإنما كانت تلك المختارةَ «لأن الاستيفاء من عينها لا يُتصوَّر، وإنما يُتصوَّر من معناها، فلم يكن الوطءُ حاصلا في محلِّ الاستيفاء. وهذا لأن الرهن لا يفيد ملكَ العين حقيقةً، ولهذا لو مات العبدُ المرهون: يكون كَفَنُه على الراهن، على ما عُرف في موضعه، والوطءُ يُصادِف العينَ، على أنه وإن أفاد ملكَ العين لا يُتصوَّر أن يفيد ملكَ المُتعة بحالٍ؛ لأنه يصير مُستوفِيًا لها بعد الهلاك، وفي ذلك الوقت لا يُتصوَّر ملكُ المُتعة فيها، فصار كالجارية المُستأجَرة للخدمة وجاريةِ الميِّت في حقِّ الغريم، بخلاف المُشتَراة بشرط الخيار للبائع؛ لأن الملك فيها يثبُت حقيقةً في حال قيامها عند نُفوذ البيع، وذلك يُثبِت ملكَ المتعة.

فإن قيل: فعلى هذا وجب أن يُحَدَّ المرتهن مطلقا، اشتَبه عليه أو لم يَشتبِه، كما في الجارية المُستأجَرة للخدمة وكجارية الميِّت في حق الغريم. قلنا: الاستيفاء سببٌ لملك المال في الجملة، وملكُ المال سببٌ لملك المُتعة، فحصَل الاشتباه،

---

(١) «البحر الرائق»، كتاب الحدود، باب الوطء الذي يوجب الحد (٥/ ١٢).

(٢) انظر: «فتح القدير»، كتاب الحدود، باب الوطء الذي يوجب الحد (٥/ ٢٥٠).

بخلاف المُستأجَرة وجارية الميِّت؛ لأن الإجارة لا تُفيد المُتعة بحالٍ، والغريم لا يَملِك عينَ التَّرِكة، وإنما يَستوفِي حقَّه من الثمن، ولو ملَك العينَ وتعلَّق حقُّه بها لما جاز بيعُها إلا بإذنه، كالرهن»، كذا في «الزيلعي»[١].

(ففي هذه المواضع السِّتِّ لا يجب الحدُّ وإنْ)، وصلِيَّة، (قال الواطِئُ: علِمتُ أنها حرامٌ)، إلا في السادس على الرواية المختارة؛ (لأن المانع) من الحدِّ (هو الشُّبهةُ) في نفس الحكم، بخلاف الأوَّل، فإنه لا شُبهة فيه في الحكم وفي عدم كونه ملكًا له، وإنما الشبهةُ في جواز الوطء، كما تقدَّم.

(ويدخُل في النوع الثاني وطءُ جاريةِ عبدِه المأذون) المديونِ، بحيث يُحيط مالُه بدَينه ورَقَبته. وهذا القيد مُخالِفٌ لما ذكره في «الخانية» من أنه «لا حدَّ على واطِئ جاريةِ مُكاتَبِه أو عبدِه المأذونِ له[٢]، عليه دَينٌ أو لا دينَ عليه، عَلِم بالحُرمة أو لم يعلَم»[٣]، وكذا في «التاتارخانية»[٤]، انتهى.

وفيه: أنه إذا لم يُحَدَّ بوطء جاريةِ المأذون المديون، فبالأَولى غيرُ المديون.

(و)وطء جارية (مُكاتَبه)؛ لأن له حقًّا في كَسْب عبدِه، فكان شبهةً في حقِّه.

(و)يدخل في النوع الثاني أيضًا: (وطءُ البائع الجاريةَ المَبيعةَ بعد القبض)، أي: قبض المشتري في البيع الفاسد، وكذا قبله، كما في «البحر». أما قبله،

---

(١) «تبيين الحقائق»، كتاب الحدود، باب الوطء الذي يوجب الحد (٣/ ١٧٧).

(٢) أي: في التجارة.

(٣) «فتاوى قاضي خان»، أوائل كتاب الحدود (٣/ ٤٦٨).

(٤) انظر: «الفتاوى التاتارخانية»، كتاب الحدود، الفصل الثالث في معرفة حجج ظهور الزنا عند القاضي (٦/ ٣٥٩).

فلبقاء الملك، وأما بعده فلأنَّ الواجب فيه الفسخُ، فله حقُّ الملك فيها[١].

(و)وطء البائع الجاريةَ (التي فيها الخيارُ للمشتري)، قال في «البحر»: «وكذا إذا كان بشرط الخيار، سواء كان للبائع أو للمشتري، فإن كان للبائع: فلبقاء ملكِه؛ لأن خياره لا يُخرج المَبيع عن ملكه، وإن كان للمشتري: فلأنَّ المبيع لم يخرُج عن ملك بائعِه بالكُلِّيَّة»، انتهى[٢]؛ لأنه لم يَملِكْه المشتري وإن خرج عن ملك البائع.

والأصلُ: أن الخيار للبائع لا يُخرِجُ المبيع عن ملكه، والخيار للمشتري يُخرج المبيع عن ملك البائع، لكن لا يَملِكُه المشتري عند الإمام، خلافًا لهما.

(و)وطء جاريته (التي هي أُختُه من الرَّضاع، و)الجارية (التي ملَكها بشِراءٍ) أو نحوه (قبل الاستبراء، والزوجة المُحرَّمة بالرِّدَّة، أو) الزوجة (المُحرَّمة بالمُطاوَعة) في الوطء (لابنه، أو) الزوجة المُحرَّمة عليه (بجِماعِه لأُمِّها)؛ لأن بعض العلماء لم يُحرِّم به، فاستُحسِن أن يُدرَأ بذلك الحَدُّ، «بحر»[٣]، (انتهى) ما في «الفتح»[٤].

[الشُّبهة في عقد النكاح]

(وههنا شبهةٌ ثالثة عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وهي شبهةُ العقد)، أي: حاصلةٌ بسبب عقد النكاح، (فلا حدَّ) على الواطئ (إذا وطِئ مَحرَمه)، نسَبًا أو رضاعًا أو صِهريَّة، (بعد العقد عليها، وإن كان عالمًا بالحرمة)، لكنه يُوجَع بالضرب إن عَلم بها.

---

(١) انظر: «البحر الرائق»، كتاب الحدود، باب الوطء الذي يوجب الحد (٥/ ١٢).

(٢) «البحر الرائق» (٥/ ١٢).

(٣) انظر: «البحر الرائق»، كتاب الحدود، باب الوطء الذي يوجب الحد (٥/ ١٣).

(٤) انظر: «فتح القدير»، كتاب الحدود، باب الوطء الذي يوجب الحد (٥/ ٢٥٣).

(فلا حدَّ على مَن وطِئ امرأة تزوَّجها بلا شُهود، أو) وطئ (جاريةً تزوَّجها بغير إذنِ مولاها، أو بغير إذنِ مولاه) عند كونِ الزوج عبدًا.

(وقالا: يُحَدُّ في وطء مَحْرَمه المعقود عليها إذا قال: علِمتُ أنها حرامٌ. والفتوى على قولهما، كما في «الخلاصة»[1]).

قال في «البحر»: «اعلم أن مسائلهم ههنا تدلُّ على أن مَن استحلَّ مَحارِمَ الله على وجهِ الظنِّ لا يكفُر، وإنما يكفُر إذا اعتقد الحرامَ حلالاً[2]؛ ألا ترى أنهم قالوا في نكاح المَحرم: لو ظنَّ الحِلَّ: فإنه لا يُحدُّ بالإجماع ويُعزَّر، كما في «الظهيرية» وغيرها، ولم يقُلْ أحدٌ: إنه يكفُر، وكذا في نظائره. وهو نظيرُ ما ذكره القُرطُبي في «شرح مسلم»: إن ظنَّ الغيبِ جائزٌ، كظنِّ المُنجِّم والرَّمَّال بوُقوع شيءٍ في المُستقبَل بتجربةِ أمرٍ عاديٍّ، فهو ظنٌّ صادقٌ، والممنوع هو ادِّعاءُ علمِ الغيب، والظاهر أن ادِّعاءَ ظنِّ الغيب حرامٌ، وليس بكفر، بخلاف ادِّعاء علم الغيب، فهو كفرٌ»، انتهى[3].

(ومن الشبهة: وطءُ امرأةٍ اختُلف في صحة نكاحِها)، فإنه لا حدَّ فيه أيضًا؛ لما أن الاختلاف في صحة النكاح لا يكون أقلَّ من أنه يُورِث شبهةَ الحِلِّ، كالمنكوحة بلا وليٍّ، فلو تزوَّج شافعيٌّ[4] امرأةً بغير وليٍّ، فوطِئها: لا يُحدُّ، وكذا نكاحُ المُحرِم أو المُحرِمة، فإنه صحيحٌ عندنا، خلافًا للثاني، وكذا نكاحُ المُتعة والمُؤقَّت.

---

(١) انظر: «خلاصة الفتاوى»، كتاب الحدود، الفصل الثاني في الزنا (٤/ ٤٤٥).

(٢) أي: لا إذا ظنه حلالا.

(٣) «البحر الرائق»، كتاب الحدود، باب الوطء الذي يوجب الحد (٥/ ١٧). وانظر: «المفهم لما أشكل من تلخيص مسلم» (١/ ٧٠).

(٤) في هامش (خ): (فلو تزوج شافعي... إلخ. في هذا التفريع نظر يعرفه الفقيه، وذلك أن العبرة لرأي القاضي، فإذا رفعت هذه الحادثة لقاض حنفي حكم بمذهبه، وهو صحة النكاح وحل الوطء من غير شبهة، سواء كان الفاعل حنفيا أو شافعيا؛ لأن العبرة لمذهب القاضي، لا لمذهب الفاعل، ولا لمذهب المدعي، فتأمل).

[فرع: شرب الخمر للتداوي يصلُح شبهةً لدرء الحدِّ]

(ومنها)، أي: الشبهة أيضًا، (شُرب الخمر)، أي: عدم الحد بشُربه، (للتداوي)، لما فيه من الخلاف، (وإن كان القولُ المُعتمَدُ تحريمَه)؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «إن الله لم يجعَلْ شفاءَكم فيما حرَّم عليكم»[1]، كما تقدم.

[فرع: التوكيل باستيفاء الحدود والقصاص شبهةٌ]

(ومنها)، أي: من الشبهة أيضًا، (لا يجوز التوكيل باستيفاء الحدود)، وكذا باستيفاء القصاص، فإن استيفاء الوكيل في كلٍّ منهما لا يجوز حالَ غَيبة المُوكِّل؛ لما في إقامة الغير مقامَه من نوعِ شُبهة.

(واختُلف في التوكيل في إثباتها)، أي: الحدود، يعني: حدَّ السَّرِقة والقَذْف، وكذا القصاص، فيجوز عند الإمام، لا عند الثاني، ومحمد الأظهرُ أنه مع الإمام إلا أنه يجوز عنده من غير عُذر ولا رضا الخَصْم، وعند أبي حنيفة: لا يجوز إلا بأحدهما، كما في وكالة «الزيلعي»[2].

وظاهر إطلاقه شمولُ حدِّ الزنا والشرب، مع أنه لا يجوز التوكيلُ بإثباتِهما اتفاقًا، وإنما تُقام البيِّنةُ على وجه الحسبة، فإن كان أجنبيًّا عنه: لا يجوز توكيلُه بها، كما في «الزيلعي»[3].

وقيل: هذا الخلاف مع غَيبة المُوكِّل، وأما مع حضوره فجائزٌ إجماعًا.

---

(١) رواه الحاكم في «المستدرك» موقوفًا على ابن مسعود رضي الله عنه، كتاب الطب، برقم (٨٢٦٠)، وقال الذهبي: «على شرط البخاري ومسلم».

(٢) انظر: «تبيين الحقائق»، كتاب الوكالة (٤/ ٢٥٥).

(٣) انظر: «تبيين الحقائق» (٤/ ٢٥٦).

[فرع: لا يُدرَأ الحدُّ بشهادة النساء ولا بكتاب القاضي ولا بالشهادة على الشهادة]

(ومما بُني على أنها)، أي: الحدود، (تُدرَأ بها)، أي: الشُّبُهات، (أنها لا تثبت بشهادة النساء)؛ لما فيه من شبهة البدلية؛ لأن كل اثنتَين منها قائمةٌ مقامَ رجلٍ، فلا يُقبَل فيما يُدرَأ بالشُّبُهات، (إلا أنه يضمن المال في السَّرِقة) إذا كان معهما رجلٌ، (ولا بكتاب القاضي إلى القاضي)؛ لما فيه من البدلية المُوجِبة للشبهة، (ولا بالشهادة على الشهادة)؛ لتلك العلة.

[فرع: لا تُقبَل الشهادةُ بحدٍّ مُتقادِمٍ إلا لعُذْرٍ]

(و)مما بُني على ذلك أيضًا (أنه لا تُقبَل الشهادةُ بـ)سببِ (حدٍّ مُتقادِمٍ)؛ لأن الشهادة تُقام على السبب، لا على نفس الحدِّ؛ لما فيه من شُبهة تُهمة الشاهد.

وحدُّ التقادُم: شهرٌ عندهما، واختاره المُتأخِّرون، والإمام لم يُقدِّره بشيء وفوَّضَه إلى رأي القاضي، على ما هو دَأْبُه في المُقدَّرات المُتردِّدة بين القليل والكثير. وتقادُم حدِّ الشُّرب بزوال الرِّيح عندهما، وعند محمد: بشهرٍ أيضًا.

(سوى حدِّ القذف)، فإن الدعوى فيه شرطٌ، فيجوز أن يكون التأخيرُ لعدم الدعوى، فلا تُوجِب التُّهمةَ.

(إلا إذا كان) التأخيرُ (لبُعدهم)، بحيث لا يَقدِرون على أداء الشهادة بلا تأخيرٍ [لبُعدِهم][1] (عن الإمام)، أي: السلطان أو نائبه أو القاضي، «أو لمرَضٍ أو خوفٍ، ولو [من][2] بُعْدِ يومٍ[3]»، «فتح»[4].

---

(١) زيادة مقدرة لاستقامة العبارة.

(٢) كذا في «فتح القدير».

(٣) كذا في النسخ. وفي «فتح القدير»: (يومين).

(٤) انظر: «فتح القدير»، كتاب الحدود، باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها (٥/ ٢٧٨).

وكذا لا تُقبَل الشهادةُ على الحرمة المُغلَّظة، كالحرمة بطلاقٍ ثلاثٍ بعد التقادُم، إلا لعُذر البُعد أو المرض أو الخوف.

[فرع: لا يصح إقرار السكران بالحدود الخالصة]

(و)مما بُني على ذلك أيضًا أنه (لا يصِحُّ إقرارُ السَّكْران بالحدود الخالصة)، كالزنا وشُرب الخمر، فلا يُحَدُّ حتى يَصحُوَ فيُقِرَّ به؛ لأن السُّكْر دليلُ الرجوع. وأما إذا أقرَّ بالقصاص أو القذف أو غيرهما، أو باشَر سببَ الحدِّ: يلزمه القصاص أو الحد، لكن إنما يُحَدُّ بعد الصَّحْو، (إلا أنه يَضمَن المالَ) المسروقَ في كلٍّ من صُورتَي التقادُم والإقرارِ حالَ السُّكر، لكن هذا إذا كان سكرانَ بمحظور، كالسكر بشرابٍ مُحرَّم، وأما إذا كان سكرُه بمُباح، كسكر مُضطرٍّ أو بدواء، كالبَنْج والأفيون، أو بما يُتَّخَذ من الحنطة أو الشعير أو العسل: فهو كالمُغمَى عليه، لا يصِحُّ شيءٌ من تصرُّفاته حتى الطلاق والعتاق، كما في «التوضيح»[1] وغيره.

[فرع: لا يُستحلف في الحدود]

(و)مما بُني على ذلك أيضًا (أنه لا يُستحلَف فيها)، أي: الحدود، مطلقًا اتفاقًا، يعني: لإقامتها، فلا يُنافي تحليفَ السارق للتضمين، فإنه لو ادَّعى عليه سرقةً، وأراد أخذَ المال منه، وأنكر: يُحلَّف: بالله ما له هذه المال الذي ادَّعاه، فإن نكَل: يُضمَّن ولا يُقطَع؛ (لأنه)، أي: الاستحلاف، (لرَجاء النُّكول) عن الحلف، والنُّكول عند أبي حنيفة بذلٌ، والبَذْلُ لا يُتصوَّر في الحدود. وعندهما: النُّكول إقرارٌ لدلالته على كذبه في إنكاره، والإقرار وإن كان يجري في الحدود إلا أنه إقرارٌ فيه شبهةٌ، كما قال.

---

(١) انظر: «التوضيح مع التلويح»، القسم الثاني في الحكم، باب المحكوم عليه، العوارض المكتسبة، السكر (٢/ ٣٧١).

(وفيه)، أي: النكول، (شبهةٌ)؛ لأنه سُكوتٌ في نفسه، والسكوت مُحتمَلٌ، فلا يكون حجَّةً فيما يُدرَأ بالشُّبُهات، وقد علِمت أن المُصنِّف مائلٌ إلى أصلهما.

(حتى إذا أنكَر القاذفُ)، مع أن في القذف حقَّ العبد، (تُرِك من غير يمينٍ)؛ لأنه ليس فيه شيءٌ سوى الجَلْد، وهو لا يقام بالنكول، فلا فائدة في التحليف، بخلاف السرقة، فإن فيها القطعَ أو التضمين، والنُّكول يفيد فيها[1].

قال المصنف في «البحر» عند قول المصنِّف: «فإن نكَل ضمِن ولا يُقطَع»: «قيَّد بحدِّ السرقة؛ لأنه لا يُستحلَف في غيره من الحدود إجماعًا، ولو كان حدُّ القذف، إلا إذا تضمَّن حقًّا، بأن علَّق عتقَ عبدِه على زناه، وقال: إن زَنَيتَ فأنت حُرٌّ، فادَّعى العبدُ الزِّنا، ولا بيِّنةَ له: يُستحلَف المولى، حتى إذا نكَل: ثبَت العتقُ دون الزنا»، انتهى[2].

[مطلب: الاستحلاف على ثلاثة أوجه]

واعلم أن «الاستحلاف على ثلاثة أوجُهٍ:

الأوَّل: لا يُستحلَف اتفاقًا، وهو في الحدود واللِّعان.

الثاني: يُستحلَف اتفاقًا، وهو في الأموال والقصاص.

الثالث: لا يُستحلَف عنده، ويُستحلف عندهما في النكاح والرِّقِّ والفَيء في الإيلاء[3] والوَلاء والرَّجعة والنَّسَب.

وفيما لو ادَّعت الأمَةُ أو الزوجةُ على مولاها أو زوجها أنَّها ولَدتْ منه هذا الولدَ

---

(١) في هامش (خ): (قوله: يفيد فيها، أي: في السرقة).

(٢) «البحر الرائق»، كتاب الدعوى (٧/ ٢٠٨).

(٣) في النسخ: (والفيء والإيلاء). والمثبت من «البزازية».

فأنكَر، أو ادَّعى المولى أو الزوجُ أنها جاءت منه بهذا الولد وأنكرت: لا يُستحلف عنده، خلافًا لهما.

وكذا لو ادعى رجلٌ على آخر أنه زوَّجه منه بنتَه فلانةَ، وهي صغيرةٌ، وأنكَر الأبُ، فإن كانت البنتُ صغيرةً عند الخصومة: لا يُستحلَف الأب، خلافًا لهما، ويُستحلَف إن كانت كبيرةً اتفاقًا.

وكذا لو ادَّعى على المولى أنه زوَّجه أمَتَه فلانة، فأنكر: يُستحلَف عنده، خلافًا لهما.

وكذا لو مات رجلٌ، فقال رجلٌ لآخَر: إنه مات وأوصَى إليك، ولي دَينٌ، فأنكر الإيصاءَ، أو أقرَّ به وأنكَر الدَّين: لا يُستحلَف، على الخلاف. وكذا لو قال: وكَّلك فلان ولي عليه دينٌ، فأنكَر الوكالةَ، أو أقرَّ بها وأنكَر الدَّين.

وكذا لو كان بيده شيءٌ، فادَّعى عليه رجلان كلُّ واحدٍ منهما أنه اشتراه منه بكذا، فأقرَّ به لأحدهما وأنكره للآخَر، أو أنكره لهما وحلَّفه لأحدهما فنكَل وقضَى عليه بالنكول، ثم قال الآخَر: حلِّفْه لي، لا يُحلَّفُ عنده، خلافًا لهما.

ولو ادَّعيا نكاحَ امرأةٍ، فأقرَّت لأحدهما وأنكَرت للآخر: لا يُحلَّف للآخر في قولهم.

ولو ادَّعيا عليه دارًا، كلٌّ منهما أنه وهبَها وسلَّمها إليه، فأقرَّ لواحد وأنكر للآخر: لا يُحلَّف.

وكذا لو ادعى عليه أحدُهما الشِّراءَ والآخَرُ الإجارةَ، وأنكر البيعَ: لا يُحلَّف للمشتري»، كذا في «الخانية»[1].

---

(١) انظر: «فتاوى قاضي خان»، كتاب الحظر والإباحة، فصل في التسبيح والتسليم (٢/ ٤٢٨، ٤٢٩، ٤٣٠، ٤٣١).

[فرع: لا تصِحُّ الكفالةُ بالحدود والقصاص]

(و)مما بُنِي عليه أيضًا أنه (لا تصِحُّ الكفالةُ بالحدود والقصاص)، أي: بنفسها، أما لو كفَل مَن عليه الحدُّ أو القصاص كفالةَ إحضارٍ: فهي صحيحةٌ، وإن لم يُجبَر عليها عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى. وعندهما: يُجبَر في القصاص والقذف. وإنما لم تصح الكفالةُ بنفسها لأن كونَ المكفول به مقدورَ التسليم من الكفيل شرطٌ فيها، وهما ليسا كذلك.

[فرع: لا حدَّ على القاذف إذا بَرْهَن على إقرار المقذوف بالزِّنا]

(ولو بَرْهَن القاذفُ) بعد ما أقرَّ بالقذف، وادَّعى صدقَه فيما رماه به (برجُلَين، أو رجلٍ وامرأتَين، على إقرار المقذوف بالزنا)، متعلق بـ«إقرار»، (فلا حدَّ عليه)، أي: القاذف، لثبوت إقراره بذلك[1]، ولا يقام الحدُّ على الزاني ولو أقام على إقراره أربعةً. وما في «الدرر» من وجوب الحدِّ عليه بشهادة أربعةٍ على إقراره به مردودٌ عليه؛ بناءً على أن الإنكار رجوعٌ، والرجوع عن الإقرار في الحدود الخالصة صحيحٌ[2].

(فلو برهَن القاذفُ بثلاثةٍ) من الرجال (على الزنا)، لا على الإقرار، (حُدَّ القاذفُ وحُدُّوا)، أي: الشهود الثلاثة، لعدم نصاب الشهادة عليه، فيكونون قاذِفين له.

[فرع: لا يُقطَع سارقٌ من أصله أو فرعه أو زوجه أو سيِّده أو ما أُذِن له في دخوله]

(و)لا يُقطَع يدُ سارقٍ (بسَرِقة مالِ أصلِه وإن علَا) الأصلُ من جهة الآباء أو الأُمّهات، (وفرعه وإن سفَل) الفرعُ، (و)لا قطعَ (بسَرقة أحدِ الزَّوجَين) من الآخَر، ولو

---

(١) في هامش (خ): (قوله: إقراره، أي: المقذوف، بذلك، أي: بالزنا، انتهى).

(٢) انظر: «درر الحكام» مع «حاشية الشرنبلالي»، كتاب الحدود، آخر باب حد القذف (٢/ ٧٤).

كان من حِرْزٍ خاصٍّ لأحدهما؛ للشبهة، (و)لا بسرقة (مالِ سيِّدِه)، ولا من زوجة سيِّدِه أو زوجِ سيِّدتِه، (و)لا بسرقةٍ من (بيتٍ مأذونٍ في دخوله)، كبيتِ ذي رحِمٍ مَحرَم لا برَضاع، ولو كان المسروقُ مالَ غيره، بخلاف ما إذا سرق مالَه من بيتِ غيره، وكبيتِ خَتْنِه وصِهْره، أو مَغنَم وحمَّام ومسجدٍ إن لم يكن ربُّه عنده ولو نائمًا، وبيتِ مَن أضافه.

[فرع: لا يُقطَع فيما كان أصلُه مباحًا تافهًا]

(و)لا يقطع (فيما)، أي: في سرقة شيء، كان (أصلُه مباحًا) إذا كان تافهًا، كالحشيش، والسمَك والطَّير والصَّيد، والزِّرْنيخ والمَغَرَة، ولا بما يَتَسارَعُ إليه الفسادُ، كلبَنٍ ولحمٍ، وفاكهة رطبة، وثمَرٍ على شجر، وبِطِّيخٍ، وزَرْعٍ لم يُحصَد، وأشرِبة مُطرِبة، وآلاتِ لَهْوٍ، وصليبِ ذهبٍ أو فِضَّة، وشِطْرَنج ونَرْد، وبابِ مسجدٍ، ومُصحَفٍ وصبيٍّ حُرٍّ مُحلَّيَين، وعبدٍ كبير، ودفاتِرَ، بخلاف الصغير ودفاترِ الحساب، وكلبٍ وفهدٍ ولو عليه طَوْقٌ من ذهَب، علِم به أو لا، وبخيانةٍ ونَهْبٍ واختلاسٍ ونَبْشٍ، ولو كان القَبْرُ في بيتٍ مُقفل، أو الثوبُ غيرَ الكفن، ومالٍ عامَّة أو مُشتَرَك، أو مثلِ دَينِه ولو مُؤجَّلا أو زائدًا عليه إذا كان من جنسِه ولو حُكمًا، بخلاف ما لا يوجد في دار العدل مباح الأصل، كسَاجٍ وقَنًى وآبَنُوس، وعُودٍ ومِسْك، وأدهان، وزعفران، ووَرْس وصَنْدل وعَنْبَر، وفُصوص خُضْر وياقُوت وزَبَرْجَد ولُؤْلُؤ ولعلع وفيروزج وإناء وباب من خشب، وكذا بكلِّ ما هو أعزُّ الأموال وأنفَسُها، ولا يوجد في دار العدل مباحَ الأصل غيرَ مرغوبٍ فيه»، كذا في «التنوير»[1].

وقوله: (كما علِمتَ تفاريعَه)، أي: ما ذُكر، (في كتاب السرقة) من كتب الفقه، هو ما أشرنا إليه.

---

(١) انظر: «تنوير الأبصار» مع «الدر المختار»، كتاب السرقة (ص ٣٢٢-٣٢٣).

[فرع: دعوى السارق ملكيَّة المسروق يُسقِط الحدَّ]

ومما بُنِي على ذلك أيضًا أنه (يسقُط القطعُ بدعواه)، أي: السارق بعد ما شهِدُوا عليه بالسرقة أو الإقرار، (كونَ المسروق مِلكَه، وإنْ)، وصليَّة، (لم يثبت ذلك، (وهو)، أي: السارقُ المُدَّعِي ذلك، (اللِّصُّ الظَّريف)؛ لأن الشبهة دارِئةٌ للحدِّ، وهي تتحقَّق بمُجرَّد الدعوى، خلافًا للشافعي؛ لأنه يَنسَدُّ بابُ القطع.

[مطلب: في اللُّصوصة الظريفة]

ومن اللصوصة الظريفة: أن يأخُذ شيئًا ويُناوِلَه آخَرَ من خارج، أو يُدخِلَ يدَه في بيتٍ ويأخُذَ منه، أو يَطُرَّ[1] صُرَّةً خارجةً من الكُمِّ، أو يَسرِق من قطار بعيرًا أو جملًا، فإنه لا يُقطَع، بخلاف ما لو شقَّ الحِمْلَ فسَرق منه، أو سرق جُوَالِقًا فيه متاعٌ وربُّه يَحفَظه أو نائمٌ عليه، أو أدخل يدَه في صُندوق غيرِه أو جَيبِه أو كُمِّه، فأخذ المالَ: قُطِع[2].

وأما دعوى الإكراه، فلا يُسقِط[3] الحدَّ ما لم يثبُت بالبيِّنة، «بحر»[4].

(و)كذا يسقُط الحدُّ (إذا ادَّعى) الواطِئُ (أن الموطوءةَ زوجتُه، ولم يُعلَمْ ذلك)، أي: كونُها زوجتَه، لما فيه من الشبهة.

---

(١) أي: يشُقّ. انظر: «المصباح المنير»، كتاب الطاء، الطاء مع الراء، (ط ر ر)، (ص ٣٧٠).

(٢) انظر: «البحر الرائق»، كتاب السرقة، فصل في الحرز (٥/ ٦٥ـ ٦٦).

(٣) في النسخ: (تسقط)، والمثبت من «البحر الرائق».

(٤) قال في كتاب الحدود، باب الوطء الذي يوجب الحد (٥/ ١٢): «الأصل أنه متى ادعى شبهة، وأقام البينة عليها: سقط الحد، فبمجرد الدعوى يسقط أيضًا، إلا الإكراه خاصة لا يُسقِط الحدَّ حتى يقيم البينة على الإكراه».

[تنبيه: يُقبَل قولُ المُترجِم في الحدود]

(تنبيه: يُقبَل قولُ المُترجِم)، في «المصباح»: «ترجَم: عبَّر عنه بلُغةٍ أخرى»[1]، في الحدود، كـ)ما يُقبل في (غيرها).

(فإن قيل): الحدود تُدرَأ بالشُّبُهات، كما تقرَّر، ومن الشبهة: الإبدالُ، فتُدفع بها، فـ(وجب أن لا يُقبَل) قولُ المُترجِم في الحدود؛ (لأن عبارة المترجم بدلٌ عن عبارة العجَميِّ)، يعني: لغة المُتكلِّم، (والحدود لا تثبُت بالأبدال)؛ لأنها شبهةٌ، والحدُّ يُدرَأ بها، فعبارةُ المُترجِم لا تُثبِت الحدود.

أما الكُبْرى، فلم تتقدَّم صريحًا، فلذا بيَّنها بقوله: (ألا يُرَى أنه)، أي: الشأن، (لا تثبُت الحدودُ بالشهادة)، أي: شهادةِ النساء، والشهادة على الشهادة، (وكتابِ القاضي إلى القاضي).

اعلم: أنه لم يتقدَّم منه أن الأبدال لا تُثبت الحدودَ، لكن ذكَر ما يدلُّ عليها من الشهادة وكتاب القاضي، وقد جعلها فيما تقدَّم مُفرَّعةً على أن الحدود تُدرَأ بالشُّبهات، فلو لم تكن الأبدالُ من الشبهة لما دُفِع بها الحدُّ؛ لأنه لا يُدفَع إلا بالشُّبهة، فيَنتظِم لنا قياسٌ هكذا: الأبدالُ شبهةٌ، وكلُّ شبهة دارِئةٌ للحد، فالأبدالُ دارِئةٌ للحدِّ، أي: لا تُثبِته، فيقال عليه: لا نُسلِّم الصُّغرى؛ لما قالوا: إن قولَ المُترجِم مقبولٌ في الحدود، وهو بدلٌ عن قول المُترجَم عنه.

أو يقال: إن دليلكم هذا منقوضٌ؛ لأنه لو صحَّ بجميع مُقدِّماته لما قُبِل قولُ المُترجِم في الحدود، لكنَّه قُبِل؛ بيانُ المُلازَمة: أن عبارة المُترجِم بدَلٌ، وكلُّ بدلٍ لا يُثبِت الحدَّ، فعبارةُ المترجم لا تُثبت الحدَّ. وأما بُطلان التالي، فللمقدِّمة النقلية التي ذكروها بأنه يُقبل قولُ المترجم في الحدود.

---

[1] انظر: «المصباح المنير»، كتاب التاء، التاء مع الراء، (ت ر ج)، (ص ٧٣).

(أُجيب) عنه: بأنّا لا نُسلِّم الصُّغرى، (بأنَّ كلام المُترجِم ليس ببدلٍ عن كلام الأعجَميِّ)، لِمَ لا يجوز أن يكون عَيْنَه؟ كما قال: (ولكنَّ القاضي لا يَعرِف لسانَه)، أي: لسان المُترجَم عنه.

قيل: الصوابُ، كما في عبارة الصدر الشهيد: «لأنَّه»، بالتعليل، والمَقامُ مقامُه، (ولا يقِفُ عليه، وهذا الرجلُ المُترجِم يعرف لسانَه ويَقِفُ عليه، فكانت عبارتُه)، أي: المُترجِم، (كعبارته)، أي: المُترجَم عنه، (لا بطريق البدَليَّة)، أي: بطريقِ أنه بدَلٌ عنه، (بل بطريق الأصالة؛ لأنه يُصار إلى الترجَمة عند العجز عن معرفةِ كلامه، كالشهادة يُصار إليها عند عدم الإقرار)، وليست الشهادةُ بدلا عن الإقرار، (كذا في «شرح الأدب» للصدر الشهيد من الثاني والثلاثين).

وحاصلُه: أن المُترجِم ـ على ما تقدم عن «المصباح» ـ هو المُعبِّر عن لغةِ المُتكلِّم بلُغةٍ غيرها، والمُتكلِّم في الحقيقة هو ذلك الغيرُ، لا المُترجِمُ، وإن كان يَتكلَّم عند القاضي ظاهرًا، بخلاف البدَل، فإنه المُتكلِّم بلُغة المُبدَل منه في الحقيقة، ولا يلزم اجتماعُ المُبدَل منه مع البدل في مجلس القضاء، بخلاف المُترجِم، فإنه يلزم اجتماعُه مع الأصل في مجلس القضاء.

[تنبيه: القصاص كالحدود في الدفع بالشبهة]

(تنبيه آخر: القصاص كالحدود في الدفع بالشُّبهة، فلا يثبُت إلا بما يثبُت به الحدودُ).

فيه: أنه مُخالفٌ لما صرَّح به في «الهداية» في مسائلَ شتَّى، قال: «ثم الفرق بين الحدِّ والقصاص أن الحدَّ لا يثبُت ببيانٍ فيه شبهةٌ؛ ألا يُرى أنهم لو شهِدُوا بالوطء الحرام، [أو أقرَّ بالوطء الحرام]: لا يجب الحدُّ، ولو شهدوا بالقتل المُطلَق

أو أقرّ بمُطلَق القتل: يجب عليه القصاصُ وإن لم يوجد لفظُ التعمُّد. وهذا لأن القصاص فيه معنى العِوَضِيَّة؛ لأنه شُرِع جابرًا، فجاز أن يثبُت مع الشُّبُهات كسائر المُعاوَضات التي هي حقُّ العبد. وأما الحدود الخالصة لله تعالى، فشُرِعت زوَاجِرَ، وليس فيها معنى العِوَضِيَّة، فلا تثبُت مع الشبهة لعدم الحاجة»[1]، انتهى، وهكذا في «الزيلعي»[2]، وسيأتي مُصرَّحًا به في الخامسة من المسائل السبعة، فكان الصوابُ الانتصارَ على قوله: «القصاص كالحدود».

[فرع: ذبَح نائمًا ظنَّه ميِّتًا، فلا قصاص عليه]

(ومما فُرِّع عليه)، أي: كون القصاص كالحدود فيما ذُكر، (أنه لو ذبَح نائمًا، فقال: ذبَحْتُه وهو)، أي: والحال أن المذبوح، (مَيِّتٌ، فلا قصاصَ عليه)؛ للشبهة، ووجَبت الدِّيَة، كما في «العمدة».

ولا يخفى أن هذا واردٌ على ما نقلناه عن «الهداية»، اللهم إلا أن يقال: يُخصَّص هذا ببعض الشبهة، وذاك بآخَرَ منها، تأمل.

[فرع: جُنَّ القاتلُ بعد الحكم عليه بالقصاص، يَنقلِب ديةً]

(ومنها)، أي: فروع ذلك، (لو جُنَّ القاتلُ)، فإن كان قبل الحكم عليه بالقصاص: فلا كلامَ أنه لا يُقتل، وإن كان (بعد الحكم عليه بالقصاص)، فإن كان قبل أن يُدفَع إلى وليِّ القتيل: (فإنه) لا قصاص عليه استحسانًا، و(ينقلِبُ) القصاصُ (ديةً)، وإن جُنَّ بعد الدفع إليه: يقتُلُه. وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يُقتَل على كلِّ حال، كما

---

(١) «الهداية» مع «نتائج الأفكار»، مسائل شتى بعد كتاب الخنثى (١٠/ ٥٢٦).

(٢) انظر: «تبيين الحقائق»، مسائل شتى (٦/ ٢١٩).

في «الخلاصة»[١]. ولعلَّ كونَه من فروع ذلك بسبب أنه خرج عن التكليف بالجنون، والحدودُ لا تقام على غير مُكلَّف.

وفي «الفتاوى الصغرى»: «مَن يجُنُّ ويَفيقُ، إذا قتل إنسانًا في حال الإفاقة، فإنه يُقتَل، كالصحيح، فإن جُنَّ بعد ذلك، فإن كان الجنون مُطبِقًا: سقَط عنه القصاصُ، وإن كان غيرَ مُطبِقٍ: لا»[٢]، انتهى، وكذا في «الخانية»[٣]، ومثله في «مُعِين المفتي»[٤].

والعتَه كالجنون؛ قال في «خزانة الأكمل»: «ولو صار القاتل مَعتُوهًا: سقط عنه القَوَدُ وتجب الديةُ استحسانا»[٥]، انتهى.

[فرع: لا قصاصَ بقَتْل مَن قال: اقتُلْني، فقتَله]

(و)من فروع ذلك: (لا قصاصَ بقَتْل مَن قال: اقتُلْني، فقتَله)؛ لأنه يجعَل الإباحة شبهةً. هذا عند علمائنا الثلاثة، خلافًا لزفرَ والشافعيِّ؛ لأن الأمر بالقتل لا يَقدَح في العِصمة؛ لأن عصمة النفس لا تحتمل الإباحةَ بحالٍ، بخلاف الإذن بالقطع؛ لأن عصمةَ الأطراف تحتمل الإباحةَ في الجملة.

ولنا: أنه تمكَّنت في هذه العصمة شبهةُ العدم؛ لأن الأمر وإن لم يصِحَّ حقيقةً، فصيغتُه تُورِث شبهةً، والشبهة في هذا الباب لها حكمُ الحقيقة.

---

(١) لعل الصواب: «الخانية»؛ فإن رواية الحسن عن أبي حنيفة فيها، لا في «الخلاصة». والذي في «الخلاصة» (٤/ ٢٤٣): «القاضي إذا قضى بالقصاص على القاتل، فقبل أن يدفع إلى ولي القتيل جن القاتل: لا قصاص عليه استحسانا، ويجب عليه الدية، وإن جن بعد الدفع يقتل».

(٢) انظر: «خلاصة الفتاوى»، كتاب الديات، الفصل الأول في قتل العمد (٤/ ٢٤٣).

(٣) انظر: «فتاوى قاضي خان»، كتاب الجنايات، بداية باب القتل (٣/ ٤٣٩).

(٤) انظر: «معين المفتي»، كتاب الجنايات (ص ٦٢٢).

(٥) «خزانة الأكمل»، كتاب الديات، من «المنتقى» (٣/ ٦٦٦).

وإذا لم يجب القصاصُ هل تجب الديةُ؟ قال: (واختُلف في وجوب الدِّيَة) على المأمور، ففيه روايتان، فقيل: تجب، وقيل: لا، وهو قول أبي يوسف ومحمد، (والأصحُّ عدمُه)، أي: عدم الوجوب، كما في «البزَّازية» نقلا عن «التجريد»، حيث قال: «لا تجب الدية في أصحِّ الروايتَين عن أصحابنا»[١]، واستظهره الطرسوسي.

وفي «شرح المنظومة» قال: «وجزم في «عمدة المفتي» و«مختصر المحيط» بأن عليه الدية اتفاقًا؛ لأن القصاص إنما سقط لمكان الشُّبهة، والشبهة لا تمنع وجوبَ المال»[٢].

وفي «البزازية»: «تجب الديةُ، لا القصاص، ويجعَل الإباحة شبهةً في دَرْءِ القصاص، لا الاستبدالِ[٣] بالمال»[٤].

---

(١) «الفتاوى البزازية»، كتاب الجنايات، الفصل الأول في قتل العمد، نوع في موجبه (٦/ ٣٨٢).

(٢) انظر: «شرح منظومة ابن وهبان»، كتاب الجنايات (٢/ ١٩٨).

(٣) كذا في النسخ و«البزازية». وفي (خ): (لا استبدالا).

(٤) «الفتاوى البزازية»، كتاب الجنايات، الفصل الأول في قتل العمد، نوع في موجبه (٦/ ٣٨٢).

وفي هامش (خ): (قوله: لا استبدالا بالمال، أي: فلا تجب الدية، فهو تأييد لما قاله المصنف، كما يعلم من «البيري»، وعبارته مع المتن: واختلف في وجوب الدية، والأصح عدمه، ولا قصاص، قال في «البزازية»: وتجعل الإباحة شبهة في درء القصاص، لا استبدالا بالمال، وقال في «التجريد» في الإباحة: لا تجب الدية في أصح الروايتين عن أصحابنا، انتهى بحروفه. قال في «العمدة» لأبي السعود: ومثله في «شرح مسكين». ثم رأيت بخط شيخنا معزيا لابن الشحنة ما نصه: وينبغي أن يكون الأصح وجوب الدية؛ لأن العصمة قائمة، وإنما سقط القصاص لمكان الشبهة، والشبهة لا تمنع وجوب المال. قال: وجزم به في «عمدة المفتي»، ولم يعرج على غيره. وفي «مختصر المحيط»: عليه الدية بالاتفاق، انتهى).

[فرع: لا قصاص على القاتل إن قال: اقتُل عبدي أو أخي أو ابني أو أبي]

(ولا قصاص) على القاتل (إن قال) رجل: (اقتُل عبدي، أو أخي، أو ابني، أو أبي)، فقتَله المأمورُ، (ولكن) الفرق بين العبد وغيره (أنه لا شيءَ في) قتل (العبد)، أي: لا قصاص ولا ضمان؛ «لأنه إتلافُ المال، وفيه تجري الإباحةُ، ولا وارثَ عن العبد[1] فيما يتعلَّق بالآدمية»، كما في «البزازية»[2]، (وتجب الديةُ في غيره) من الأخ والابن والأب، وقال زفر: يجب القصاصُ، وهو القياس، وقال: أبو حنيفة: أَستحسِنُ أَخْذَ الدية.

(واستثنَى في «خزانة المفتين[3]») عن هذا الحكم (ما إذا قال: اقتُل ابني، وهو صغيرٌ، فقتَله، فإنه يجب فيه القصاص، وتمامُه في «البزازية»).

قال في الجنايات منها: «وفي «الواقعات»: اقتُل ابني، وهو صغيرٌ، فقتَله: يُقتصُّ، ولو قال: اقطَعْ يدَه، فقطَعه، عليه القصاصُ. ولو قال: اقتُل أخي، فقتَله وهو وارِثُه، ففي روايةٍ عن الثاني وهو القياس: يجب القصاصُ، وعن محمد عن الإمام: تجب الديةُ، وسوَّى في «الكفاية» بين الابن والأخ، وقال: في القياس يجب القصاصُ [في الكلِّ]، وفي الاستحسان: تجب الديةُ، وفي «الإيضاح» ذكر قريبًا منه. ولو قال: اقتُل أبي، فقتله: تجب الديةُ، ولو قال: اقطَعْ يده[4]، فالقصاص واجب»[5]، انتهى.

---

(١) في النسخ: (للعبد). والمثبت من «البزازية».

(٢) «الفتاوى البزازية»، كتاب الجنايات، الفصل الأول في قتل العمد، نوع في موجبه (٦/ ٣٨٢-٣٨٣).

(٣) في هامش (خ): (قوله: المفتين، بياء واحدة كما تراه في هذه النسخة، وكتابته بيائين تحريف، انتهى).

(٤) كذا في النسخ. وفي «البزازية»: (يدي).

(٥) «الفتاوى البزازية»، كتاب الجنايات، الفصل الأول في قتل العمد، نوع في موجبه (٦/ ٣٨٢).

[فرع: لا قصاص بقتْل مَن لا يُعلم أنه مَحقُون الدمِ على التأبيد أو لا]

(وينبغي أن لا قصاصَ) واجبٌ (بقَتْل مَن لا يُعلَم أنه مَحقُون الدمِ على التأبيد أو لا)، وهو المُستأمَن، فإنه محقونُ الدم ما دام في دار الإسلام. فإن قيل: يحتمل أن يَلحَق الذِّمِّيُّ بدار الحرب، فلا نعلم أنه مَحقُونُ الدم على التأبيد، فلا يلزم القصاصُ بقتله، قلنا: هذا وَهْمٌ، لا احتمالٌ، ولو فُتح هذا البابُ لانسدَّ بابُ القصاص بالكُلِّية؛ لاحتمال أن المسلم يَرتدُّ والعياذُ بالله ويَلحقُ بدار الحرب، ولاحتمال أنه يَقتُل مسلمًا عَمْدًا فيَصيرُ مُباحَ الدم.

[فرع: شهِدُوا بعد التوبة أن الوليَّ عفَا عنهم في القتل العمد]

(وفي «الخانية»: ثلاثةٌ قتَلوا رجلا عمدًا، ثم شهِدوا بعد التوبة)، وأما قبلها فلا شكَّ أنه لا تُقبَل لِفِسْقِهم بالقتل عمدًا، (أن الوليَّ عفَا عنَّا، قال الحسن: لا تُقبَل شهادتُهم إلا أن يقول اثنان منهم: عفَا عنَّا وعن هذا الواحد، ففي هذا الوجه قال أبو يوسف رحمه الله: تُقبَل[1] في حقِّ الواحد، وقال الحسن: أَقبَل في حقِّ الكُلِّ، انتهى) كلامُ «الخانية»[2].

فليُنظَر وجهُ مُناسَبة هذه المسألة لما نحن فيه.

وأما ما اعترضه المُحشِّي من أن آخِرَ العبارة يُنافِي أوَّلَها من قوله: «قال: لا تُقبَل شهادتُهم»، وقولِه: «أقبَل شهادتَهم»، فإن ظاهر كلامه أنه مع أبي يوسف[3]: ساقطٌ؛ لأن المسألة على وجهَين:

---

(١) كذا في النسخ. وفي «الخانية»: (أقبل).

(٢) «فتاوى قاضي خان»، كتاب الشهادات، أواخر فصل: ومن الشهادة الباطلة (٢/ ٤٧٠).

(٣) انظر: «غمز العيون» (١/ ٣٨٦).

الأُولى: شهِد الثلاثةُ على العَفْو عنهم، فعن هذا قال الحسن: لا تُقبَل.

والثانية: شهِد منهم اثنان، وفي هذا وقَع الخلافُ بين أبي يوسف والحسن، فنقَل عن أبي يوسف قبولَ شهادتِهما في حقِّ الواحد، ولا تُقبَل شهادتُهما في حقِّ أنفُسِهما، ثم ذكر اختيارَه هو، فقال: «أَقبَل في حقِّ الكل»، فليس آخِرُها مُنافيًا لأوَّلِها؛ لأنهما مسألتان لم يَتوَارَدْ النفيُ والإثباتُ على شيءٍ واحد، وهو ظاهر.

(وكتبتُ مسألةً في العَفْو)، والاهتمامِ في أمر الدم العَمدِ، وعدم المُسارَعة إلى القصاص (في «شرح الكنز» من الدعوى عند قوله)، أي: «الكنز»، (وقيل لخَصْمه: أَعطِه كفيلًا، فلتُراجِعْ). وهي: «ادَّعى القاتلُ أن لي بيِّنةً حاضرةً على العفو: أُجِّل ثلاثةَ أيام، فإن مضَتْ ولم يأتِ بالبيِّنة، أو[1] قال: لي بيِّنةٌ غائبةٌ، يُقضَى بالقصاص قياسًا على الأموال، وفي الاستحسان: يُؤجَّل؛ استعظامًا لأمر الدم»، انتهى[2].

[مطلب: القصاصُ كالحدود إلا في سبع مسائل]

(وكتبتُ في) فنِّ (الفوائد) من هذا الكتاب، في كتاب الجنايات (أن القصاص كالحُدود إلا في سبع مسائلَ)، لكن لم يُفصِّل المُستثنَيات هناك، بل أحالَها إلى هذا المحلِّ، وجعل المُستثنَياتِ هناك خمسًا، مع أنها سبعٌ.

[الأُولى: يجوز قضاءُ القاضي بعِلْمه في القصاص دون الحدود]

(الأُولى) من تلك المسائل: (يجوز القضاءُ) للقاضي (بعِلْمه) الحادث عند القضاء، لا بعلمه قبله، (في القصاص) وحدِّ القذف، (دون الحدود) التي تتمحَّض

---

(١) في النسخ: (و). والمثبت من «البحر الرائق».

(٢) «البحر الرائق»، كتاب الدعوى (٧/ ٢١١).

حقًّا لله تعالى، فخرج حدُّ القذف؛ لأن فيه حقَّ العبد، وإن كان ظاهرُ كلامه الإطلاقَ، فإنه ليس له أن يقضِيَ فيه بعلمه، (كما في «الخلاصة»).

قال فيها: «القاضي يقضي في حقوق العباد بعلمه، بأن علِم في حال قضائه في مِصْره أن فلانًا غصَب مالَ فلان، أو طلَّق فلانٌ امرأتَه. وفي «التجريد» في آخر كتاب الحدود عن محمد أنه رجع عن هذا، وقال: لا يقضي بعلمه في حقوق العباد، وفي الحدود التي هي حقُّ الله تعالى، كحدِّ الزنا وشُرب الخَمْر، لا يقضي بعلمه، إلا أنه إذا أُتِي بالسكران يُعزِّره، وفي القصاص وحدِّ القذف يقضي بعلمه. وأما إذا علم قبل القضاء في حقوق العباد: لا يقضي بذلك العلم عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى إذا رُفعت إليه تلك الحادثة، وعندهما: يقضي.

القاضي إذا علِم أن المُدَّعِي مُحِقٌّ في دعواه، أو المُدَّعَى عليه مُحِقٌّ في إنكاره: فإنه لا يجوز له أن يقضي بعلمه إذا علم ذلك قبل تقليد القضاء، ولكنَّه يُعِينُه بذلك سِرًّا على حسَب ما يُمكنه بحيث لا يعرف خَصْمُه؛ لنفي التُّهمة»[1]، انتهى.

وسيذكر المُصنِّف في كتاب القضاء عن «التهذيب» أن القاضي يقضي بعلمه إلا في الحدود والقصاص، وذكر في موضع آخر عن «جامع الفصولين» أن الفتوى اليوم على عدم جواز القضاء بعلمه مطلقًا؛ لفساد قُضاة زماننا.

[الثانية: الحدود لا تُورَث، بخلاف القصاص]

(الثانية) من المسائل المُستثنَيات: (أن الحدود لا تُورَث)، حتى لو مات المقذوفُ قبل الحدِّ: ليس لوَرَثته دعواه، (والقصاص مَورُوثٌ[2])، لا شكَّ أن لورثة

---

(١) «خلاصة الفتاوى»، كتاب القضاء، الفصل الرابع فيما يتعلق بقضاء القاضي، الجنس الثاني في قضاء القاضي بعلمه (٤/ ٢٢ ـ ٢٣).

(٢) في (خ): (يورث).

المقتول القصاصَ، وإنما الخلاف في أنه بطريق الإرث أو بطريق أنه ثبَت لهم ابتداءً، كما في كتاب الفرائض من فنِّ الفوائد من هذا الكتاب[١].

[الثالثة: لا يصح العفوُ في الحدود، بخلاف القصاص]

(الثالثة) منها: (لا يصِحُّ العفوُ في الحدود ولو كان حد القذف) الذي فيه حقُّ العبد أيضًا، حتى لو عفا المقذوفُ عن القاذف، ثم عاد فطلَب الحدَّ: يُحَدُّ القاذفُ، (بخلاف القصاص)، فإنه يصح فيه العفوُ ولو من بعض الوَرَثة، إلا أن للباقين حصَّتَهم من الدِّيَة.

[الرابعة: التقادُم لا يمنع القبولَ في الشهادة بالقتل، بخلاف الحدود]

(الرابعة) منها: (التقادُم لا يَمنَع) من القبول (في الشهادة بالقتل، بخلاف الحدود سوى حدِّ القذف)، فهو كالقصاص في أنه لا يَمنع التقادُمُ فيه؛ لاشتراط الدعوى فيهما، فيُحمَل تأخيرُه على انعدام الدعوى، فلا يوجب تفسيقَهم.

[الخامسة: يثبُت القصاص بإشارة الأخرس وكتابته، بخلاف الحدود]

(الخامسة) منها: (يثبُت القصاصُ بالإشارة والكتابة من الأخرس)، حتى لو أقرَّ بواحدٍ منهما: يُقتصُّ، (بخلاف الحدود)، فإنه لو أقرَّ بالزنا أو السَّرِقة أو القذف بإشارته المعهودة أو بكتابته المرسومة: لا يُحَدُّ، (كما في «الهداية» في مسائل شتى[٢]).

---

(١) في هامش (ع): (وفي «الوقاية»: القود يثبت ابتداء للورثة، لا إرثا عند أبي حنيفة، وعندهما: يثبت وراثة، فينبني على ذلك أنه يصير أحدهما خصما عن الباقين، فعنده: نعم، وعندهما: لا، فلو أقام بينة بقتل أبيه، وكان أخوه غائبا: لا بد من إعادتها عندهما، خلافا له. هذا في القتل العمد، وفي الخطأ لا حاجة إلى إعادتها؛ لأن موجبه المال، وطريق ثبوته الإرث، انتهى).

(٢) انظر: «الهداية» مع «نتائج الأفكار»، مسائل شتى (١٠/ ٥٢٤ ـ ٥٢٥).

والكتابة إما أن تكون غيرَ مُستبِينةٍ، كالكتابة على الهواء، أو على الماء، فلا اعتبار لها. وإما مُستبينٌ غيرُ مرسومةٍ، كالكتابة على ورَق الشجر، أو الجدار، أو على الكاغد، لا على رَسْم الكُتب، بأن لا يكون مُعَنْوَنًا، فهي كالكناية، لا بد فيها من النية أو القرينة كالإشهاد مثلا. وإما مُستبِينةٌ مرسومة، بأن تكون على كاغد مُعَنْون، نحو: مِن فلان إلى فلان، فهذا مثلُ البيان من الغائب والحاضر[1].

فإذا طلَّق الأخرسُ، أو نكَح، أو باع واشترى، أو قتَل، وكتب بذلك: فهو بيانٌ، وكذا في إشارته المعهودة منه.

«ومُعتقَل اللسان إن امتدَّ وعُلِم إشارتُه: فهو كالأخرس، وإلا فلا»، كذا في «مصدر الشريعة»[2].

[السادسة: لا تجوز الشفاعةُ في الحدود، وتجوز في القصاص]

(السادسة) منها: (لا تجوز الشفاعةُ في الحدود) بعد ثبوتها عند الإمام؛ لأنه طلبُ ترْكِ الواجب، وأنكر رسولُ الله ﷺ على أسامةَ بنِ زيدٍ حين شفَع في المِخزومية[3] التي سرَقت، فقال: «أتشفَع في حدٍّ من حدود الله؟»[4].

«وأما قبل الوصول إلى الإمام والثبوت عنده، فتجوز الشفاعةُ عند الرافعِ له[5] إلى الحاكم ليُطلِقَه؛ لأن الحدَّ لم يثبُت»، كذا في «البحر»[6].

---

(١) «شرح الوقاية»، مسائل شتى (٥/ ٢٢٠).

(٢) «شرح الوقاية» (٥/ ٢٢٠).

(٣) في النسخ: (الحرورية)، وهو تصحيف.

(٤) رواه البخاري في «صحيحه»، كتاب أحاديث الأنبياء، باب حديث الغار، برقم (٣٤٧٥).

(٥) في النسخ: (وعند الرفع)، والمثبت من «البحر الرائق».

(٦) «البحر الرائق»، كتاب الحدود (٥/ ٢).

«والشفاعة ضراعة عند المشفوع عنده، سُمّيت به لأنه شفَع الكلامَ الأوّل، وهي سُنَّةٌ مُؤكَّدة، وقد صحَّ: «اشفعُوا تُؤجَرُوا، ويقضِي الله على لسان نبيِّه ﷺ ما شاء»(١)، ولما فيه من إعانة(٢) المسلم ودَفْعِ الظُّلم عنه.

ولا تكون في حدٍّ، ولا في حقٍّ لازم، وإنما هي للذَّنْب الذي يمكن العفوُ عنه. وقد شفع الله في مسطح لما حلَف الصِّدِّيق أنه لا يُنفِق عليه، فقال: ﴿وَلَا يَأْتَلِ أُوْلُواْ ٱلْفَضْلِ مِنكُمْ وَٱلسَّعَةِ أَن يُؤْتُوٓاْ أُوْلِي ٱلْقُرْبَىٰ﴾ [النور: ٢٢].

وقال النووي: «أجمع العلماءُ على أنه تحرُم الشفاعةُ في الحدود بعد بلوغ الإمام، وأنه يحرم التشفيعُ. فأما قبل بلوغ الإمام، فأجازه أكثرُ العلماء إذا لم يكن المشفوعُ فيه صاحبَ شَرٍّ وأذًى للمسلمين، فإن كان: لم يُشفَع فيه. وأما المعاصي التي لا حدَّ فيها ولا كفَّارةَ، وواجبُها التعزيرُ، فتجوز الشفاعةُ فيها والتشفيعُ، سواء بلَغت الإمام أو لم تبلُغ؛ لأنها أهْوَنُ. ثم الشفاعةُ فيها مُستحَبَّةٌ إن لم يكن المشفوعُ فيه صاحبَ أذًى»(٣).

قال الزركشي: «وإطلاقُ [استحباب] الشفاعةِ في التعزير فيه نظرٌ؛ لأن المُستحِقَّ إذا أسقَط حقَّه كان للإمام التعزيرُ، لأنه شُرع للإصلاح، وقد ثبت ذلك في إقامته، وفي مثل هذه الحالة لا ينبغي استحبابُها»(٤)، «حموي»(٥).

---

(١) رواه البخاري في «صحيحه»، كتاب الزكاة، باب التحريض على الصدقة والشفاعة فيها، برقم (١٤٣٢).

(٢) في (خ): (إغاثة).

(٣) «شرح النووي على مسلم» (١١/ ١٨٦).

(٤) «المنثور في القواعد الفقهية» (٢/ ٢٤٩).

(٥) «غمز العيون» (١/ ٣٨٧).

(وتجوز) الشفاعةُ (في القصاص)؛ لأنَ طلبَ القصاصِ لا يجب على الوليِّ، حتى تجوز عنده الشفاعةُ في العفو.

[السابعة: الحدود لا تَتوقَّف على الدعوى، بخلاف القصاص]

(والسابعة: الحدود سِوَى حدِّ القذف لا تَتوقَّف على الدعوى). والمُصنِّف استثنى السرقةَ كالقذف من الحدود الغير المُتوقِّفة على الدعوى في كتاب القضاء. وفي «الحاوي» أنَّ توقُّفَ السرقة على الدعوى عند البعض.

(بخلاف القصاص، فإنه لا بدَّ فيه من الدعوى)، كما تقدَّم.

[الثامنة: الشهادة على الإقرار مع جُحود المُدَّعى عليه لا تُقبل، بخلاف القصاص]

وهناك ثامنةٌ، وهي: أن الشهادة على الإقرار مع جُحود المُدَّعَى عليه لا تقبل في الحدود، بخلاف القصاص.

[التاسعة: لا تحليفَ في الحدود، بخلاف القصاص]

وتاسعة، وهي: «لا تحليفَ في الحدود غير السرقة، بخلاف القصاص، فإن حلَف: خُلِّيَ سبيلُه، «وإن نكَل، فإنْ في الأطراف: يُقتصُّ، وإنْ في النُّفوس: يُحبَس حتى يُقِرَّ أو يَحلِف»، كما في دعوى «الزيلعي»[1].

(والله سبحانه أعلم).

[تنبيه: التعزيرُ والكفارات تثبُت مع الشبهة]

(تنبيه: التعزيرُ)، وهو تأديبٌ دون الحدِّ، أصلُه من العَزْر بمعنى الردِّ والرَّدْع، (يثبُت) ويُقام (مع الشبهة، ولذا)، أي: لكونه ثبَت بها، (قالوا: يثبُت) التعزيرُ (بما

---

(١) انظر: «تبيين الحقائق»، كتاب الدعوى (٤/ ٢٩٩).

يثبُت به المالُ) من الإقرار وشهادةِ الرجال مع النساء، (وقالوا: يجري فيه)، أي: التعزير، (الحلفُ، ويُقضَى فيه بالنُّكول) عن اليمين، كالأموال.

(والكفَّاراتُ تثبُت معها)، أي: الشبهة، (أيضًا)، كالتعزير، (إلا كفارة الفِطْر في رمضان، فإنها)، أي: الشبهة، (تُسقِطُها)، أي: تعدِم الوجوبَ معها، كما إذا تسحَّر يظنُّه ليلا والفجرُ طالعٌ، لا بمعنى سُقوطها بعد الوجوب.

(ولذا)، أي: لسُقوطها بالشهبة، (لا تجب كفَّارةُ الفطر مع النِّسيان)، فلو أكل الطعامَ ناسِيًا صومَه: لا تلزم الكفَّارةُ، بل لا يلزم فسادُ الصوم أيضًا.

(وكذا) لا تجب الكفَّارةُ (مع الخطأ)، كما إذا تمَضْمَضَ، فدخَل شيءٌ من الماء في جوفه بلا تعمُّدٍ منه في الدخول: فإنه لا تلزم الكفَّارةُ وإن أفطَر؛ لما فيهما من شُبهة عدم الجناية، فلا تتكامل الجنايةُ فيهما، والجناية[1] الكاملة لا تجب إلا بجنايةٍ كاملة.

(ولا تجب) الكفَّارةُ (بإفسادِ صومٍ مُختلَفٍ في صحَّتِه)، أي: وقع الاختلافُ فيها، (كما عُلم) ذلك (في محلِّه) من كتاب الصوم. ففي «الحاوي»: إذا استمرَّ بها الدمُ إلى الحادي عشر، فأفطَرت: لا كفَّارةَ عليها؛ لاختلاف الصدر الأوَّل، وإلا فعليها الكفارةُ، ولا يكون خلافُ الشافعي فيها شبهةً.

قلت[2]: والظاهر أنها لا كفارة عليها؛ لأن أكثر الحيض خمسةَ عشر يومًا في قولِ أبي حنيفة الأوَّل، وقولِ مالكٍ والشافعيِّ رحمهم الله تعالى، انتهى.

(وأمـا الفدية في الصوم، فهل تُسـقِطُها الشـبهةُ)، يعني: لو أفسـد صومَ رمضان

---

(١) كذا في النسخ، ولعل الصواب: (والكفارة) أو (والعقوبة).

(٢) في هامش (خ): (قوله: قلت... إلخ. يا ليته ما قال).

بشبهةٍ، ووجب عليه القضاءُ، ولم يَقضِ حتى مات، فهل تُسقِط هذه الشبهةُ فديةَ ذلك الصوم، كما أسقطت الكفَّارةَ، (أم لا) تُسقِط؟ (لَمْ أرَها)، أي: هذه المسألة، (الآن).

ذكر في «البحر» في شرح قول «الكنز»: «ويُطعِم وليُّهما لكلِّ يومٍ كالفطرة بوصيَّةٍ»، «قوله: ويُطعِم وليُّهما، ولو قال: ويُطعِم وليُّ مَن مات وعليه قضاءُ رمضان، لكان أشمَلَ؛ لأن هذا الحكم لا يخُصُّ المريضَ والمسافر، ولا مَن أفطر بعُذْر، بل يدخُل فيه مَن أفطر متعمِّدًا ووجب عليه القضاء»[1]، انتهى.

وهذا يدلُّ على عدم إسقاطها، فبعد ما ذَكر ذلك في «بحره» لا ينبغي الاستشكالُ هنا.

[مطلب: الشافعية شرَطوا في الشُّبهة أن تكون قويَّة]

(ومن العجَب أن الشافعية) رحمهم الله (شرَطُوا في الشبهة) الدارِئة للحدِّ (أن تكون قويَّةً). لا ينبغي التعجُّبُ من المسائل الاجتهادية التي يجب على المجتهد العملُ بها؛ لأنه أدَّاه اجتهادُه إليها.

(قالوا)، أي: الشافعية مُفرِّعين على ذلك، (فلو قتَل مسلمٌ ذمِّيًّا عمدًا)، فعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى: يُقتَل المسلمُ به، وعند الشافعي: لا يُقتَل، (فقتَله)، أي: المسلمَ، (وليُّ الذِّمِّيِّ)، فعلى قياس قولِ أبي حنيفة: لا يُقتَل الوليُّ لاستيفاءِ حقِّه، وعلى قول الشافعي: ينبغي أن يُقتَل الوليُّ، لكنَّه وافَق أبا حنيفة في عدم قتله، كما قال: (فإنه)، أي: الولي، لا (يُقتَل)، كلمةُ «لا» سقَطت من النُّسَخ، والصوابُ ذكرُها، فإنه يُقتَل قياسًا على ما قاله، لكنَّه لا يقتل مُوافَقةً لرأي أبي حنيفة، كما قال: (وإن

---

(١) «البحر الرائق»، كتاب الصوم، فصل في العوارض (٢/ ٣٠٦).

كان) رأيُ الشافعيِّ رحمه الله (مُوافقًا لرأي أبي حنيفة)؛ لأنه اعتبَر خلافَه في عدم القتل لوليِّ الذِّمِّيِّ شبهةً دارئةً للقصاص عنه.

(و)قالوا: (مَن شرِب النَّبيذَ)، فإن كان قليلا بحيث لا يُسكِر فعند أبي حنيفة رحمه الله: يَحِلُّ شربُه ولا يُحَدُّ، وعند محمد والشافعي رحمهما الله تعالى: يحرُم شربُه، ولكن لا يحَدُّ عند محمد لشُبهة الخلاف، وعند الشافعي: (يُحَدُّ، ولا يُراعِي) الشافعيُّ (خلافَ أبي حنيفة) في كونه شبهةً دارئةً للحدِّ، مع أنه راعاه في سُقوط القصاص في المسألة المتقدِّمة، ومن ثمَّة استشكَل المُصنِّفُ الفرقَ بينهما وتعجَّب منه.

ويُجاب عن ذلك بأن أمر الدِّماء لا يقاس بالحدود، كما تقدم، أو أنَّ خلافَه قويٌّ في القصاص دون الحدِّ.

والله سبحانه أعلم.

***

[القاعدة السابعة: الحُرُّ لا يدخُل تحت اليد]

(القاعدة السابعة) من النوع الثاني للقواعد: (الحُرُّ)، سواء كانت حُرِّيتُه أصليَّةً أو عارِضةً، (لا يدخُل تحت اليد)، أي: يد أحدٍ، سواء كانت يدَ ملكٍ أو يدَ غَصْب، وسواء كانت يدُ الملكِ ملكَ رقَبةٍ أو ملكَ منفعة.

ثم اعلم أن الأصل في دار الإسلام الحرية، حتى لو ادَّعى أحدٌ حريَّةَ الأصل: فالقول له بلا بيِّنة، إلا أن يدَّعِيَ أحدٌ الرقَبة عليه، فلا يُقبل إلا ببيِّنةٍ على حُرِّيته؛ دفعًا لدعوى الرِّقِّ.

[مطلب: الناس أحرارٌ بغير بيِّنة إلا في أربع مسائل]

ومن هنا قالوا: إن الناس أحرارٌ بغير بيِّنةٍ إلا في أربع مسائلَ:

أحدها: القذف، بأن ادَّعى المقذوفُ أنه حُرٌّ وطلَب الحدَّ، وقال القاذفُ: هو عبدٌ وليس عليَّ حدُّ القذف، فإنه لا يُحَدُّ حتى يُقيم بيِّنةً على حُريته؛ لأنه حُرٌّ في الظاهر، والظاهر يصلُح للدفع، لا للاستحقاق، فلا بد من بيِّنة لاستحقاق الحدِّ على القاذف.

الثانية: ادَّعى القاطعُ أن المقطوع عبدٌ، ولا قصاصَ له عليَّ، وادَّعى الآخَرُ أنه حُرٌّ: لا يُصدَّق إلا بالبيِّنة. وإن أقامها على العتق: تُقبَل ولو مع غَيبة المَولى؛ لقيامها على خَصْم حاضر.

الثالثة: إذا قال المشهودُ عليه: الشهود عبيدٌ، وادَّعَوا أنهم أحرارٌ: لا يُصدَّقون إلا بالبيِّنة.

الرابعة: إذا ادَّعى الجاني أنه حرٌّ والأَرْش على عاقلته، وقالت العاقلة: هو عبدٌ، لا يُصدَّق الجاني إلا ببيِّنة، كذا في «العمادية»[1].

---

(1) انظر: «جامع الفصولين»، الفصل التاسع والثلاثون في المتفرقات في العتق (٢/ ٢٣٤).

[فرع: يُضمَن الحُرُّ ضمانَ إتلاف، لا ضمانَ غَصْبٍ]

(فلا يُضمَن) الحُرُّ ضمانَ غَصْبٍ (ولو) كان ذلك الحُرُّ (صبيًّا)؛ لعدم دخوله تحت يد الغاصب.

(فلو غصَب صبيًّا)، يعني: ذهَب به بغير إذنِ وليِّه؛ إذ الغصبُ حقيقةً لا يُتصوَّر فيه؛ لأنه إزالةُ اليد المُحِقَّة بإثبات اليد المُبطِلة، وقد تقرَّر أن الحُرَّ لا يدخل تحت اليد، فيكون الغصبُ هنا مجازًا عما ذكرناه للمُشاكَلة، (فماتَ) الصبيُّ (في يده)، أي: الغاصب، (فَجْأَةً)، بالفتح مع القصر، وبالضمِّ مع المَدِّ، بلا سَبْقِ مرَضٍ، (أو) مات بسبب (حُمَّى) بلا نقلٍ إلى مكان يغلِب فيه الحُمَّى: (لم يَضمَن) الصبيَّ؛ لعدم دخوله في يده.

(ولا يَرِدُ) على ذلك بطريق المُعارَضة (ما لو) غصَب صبيًّا، و(مات بصاعقةٍ، أو بنَهْشةِ حيَّةٍ، أو بنقلِه إلى أرضٍ مَسْبَعَةٍ)، أي: كثُر فيها السَّبُع، (أو) بنقلِه إلى (مكانِ الصَّوَاعق، أو إلى مكان يَغلِب فيه الحُمَّى والأمراض)، عطفُ عامٍّ على خاصٍّ، فإنه يَضمَن الناقلُ؛ لـ(أنَّ دِيَتَه)، أي: الصبي المنقول إلى هؤلاء الأمكنة واجبةٌ (على عاقلة الغاصب)، لا على الغاصب؛ لأن الأصل أن كلَّ ديةٍ وجبَت بنفس القتل ابتداءً، لا بمعنى يحدُث قبل القتل، فهي على العاقلة؛ اعتبارًا له بالخطأ، فإنَّ الدية فيه تجب على العاقلة، وفيما وجَب بالصُّلْح في القتل العمد أو بإقرار القاتل القتلَ خطأً تجب على القاتل، لا العاقلة؛ إذ لم تجب بنفس القتل ابتداء.

والعاقلة هم أهلُ الدِّيوان إن كان منهم، تُؤخذ من عطاياهم في ثلاث سنين، أو حيُّه[1] لمن ليس منهم، تؤخذ من كلٍّ في ثلاثِ سنين ثلاثةُ دراهم أو أربعةٌ فقط، في كلِّ سنَةٍ درهمٌ، وإن لم يَتَّسِعْ الحيُّ: ضُمَّ إليه أقربُ الأحياء نسَبًا، الأقرب فالأقرب على ترتيب العصَبات، والقاتلُ كواحدٍ منهم.

---

(١) أي: أهل حيِّ القاتل.

ثم وجوبُ الدِّية هنا استحسانٌ، والقياس أن لا يضمن أصلا، وهو قولُ زفر والشافعي؛ لأن الغصب في الحُرِّ لا يَتحقَّق. ووجه الاستحسان: هو ما أشار إليه في جوابِ هذا الإيراد من أن هذا ضمانُ إتلاف، لا ضمانُ غصب، كما قال: (لأنه)، أي: هذا الضمان، (ضمانُ إتلافٍ، لا ضمانُ غصبٍ)، حتى يَرِدَ نَقْضًا على ما ذكر.

ومنه: لو وضَع سِكِّينًا في يدِ صبيٍّ، وعثَر به فمات: يضمن، أو قام على سَطْحٍ، فصاح به رجلٌ، ففزِع الصبيُّ، فوقَع ومات: يَغرَم الصائحُ ديتَه على عاقلته. وكذا لو قال لصبيٍّ محجور: اصعَدْ هذه الشجرة وانقُضْ لي ثمارَها، فصعِد وسقَط: تجب ديتُه على عاقلته. وكذا لو أمَره بحمل شيءٍ، أو كَسْر حطَبٍ من غير إذنِ وليِّه، فتلِف به الصبيُّ، وهذا كلُّه من ضمان الإتلاف، كما في «العمادية».

(والحُرُّ يُضمَن بالإتلاف)، وذلك «لأن نقلَه إلى الأرض المَسْبَعَة، أو مكان الصَّواعق أو الحيَّات إتلافٌ منه تسبُّبًا، وهو مُتعدٍّ فيه بتفويت يدِ الحافظ، وهو الوليُّ، فيَضمَن؛ إذ الأمور المذكورة[1] لا تكون في كلِّ مكان، وأمكنَ حفظُه عنه، فإذا نقَله إليه: أزال حفظَ الوليِّ عنه، فصار مُتعدِّيًا[2]، فيُضاف إليه، كذا في «الزيلعي»[3]؛ لأن شرطَ العِلَّة بمنزلة العلَّة إذا كان مُتعدِّيًا[4]، كالحفر في الطريق، بخلاف الموت فَجْأَةً أو الحُمَّى، فإنه لا يختلف باختلاف الأمكنة.

[فرع: يُضمَن العبدُ، لا المُكاتَب وأمُّ الولد]

(والعبد) ولو مُدبَّرًا (يُضمَن بهما)، أي: الإتلاف والغصب.

---

(١) أي: السباع والصواعق والحيات.

(٢) في النسخ هنا زيادة: (إليه)، ولعل الصواب إسقاطه، كما في «التبيين».

(٣) «تبيين الحقائق»، كتاب الديات، باب غصب العبد والمدبر والصبي (٦/ ١٦٨).

(٤) كذا في النسخ. وفي «التبيين»: (تعديا).

(والمُكاتَب كالحُرِّ، لا يُضمَن بالغصب ولو صغيرًا)؛ «لأنه في يد نفسِه، والصغير منه مُلحَقٌ بالكبير؛ ألا ترى أن المولى لا يُزوِّجه إلا برضاه[1]، فلو نقله الغاصبُ إلى مكان الصَّوَاعق والحيَّات: لا يضمن، كالحُرِّ البالغ، ما لم يعجِزْ عن حفظِ نفسه بما يمنع به من قَيدٍ ونحوه، وحينئذ يَضمن الحرَّ البالغَ أيضًا، «زيلعي»[2].

(وتمامُه في «شرح الزيلعي» قُبيلَ بابِ القسامة)، وقد أشَرْنا إلى ما فيه.

(وأمُّ الولد كالحُرَّة) في عدم الدخول تحت اليد، فلا يَضمَنها بالغصب، وكذا لا يضمنها المشتري شراءً فاسدا بالقبض عنده، خلافًا لهما[3].

[فرع: وطِئ حُرَّةً بشبهة، فأحبَلها وماتت: لا تجب الدية]

(ولم أرَ الآن حكمَ ما إذا وطِئ حُرَّةً بشُبهة، فأحبَلها وماتَت) تلك الحُرَّةُ بالوِلادة، (وينبغي عدمُ وجوب ديتِها)؛ لما أن الحُرَّة لا تدخل تحت اليد، (بخلاف ما إذا كانت الموطوءةُ (أمَةً)، فإنه يضمن قيمتَها ما كانت عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى، وأما عندهما: فإن ماتت قبل التسليم فكذلك، وإنْ بعده فلا يضمن إلا النقصان.

فالحُرَّةُ إن وُطِئت بلا شُبهة، فماتت بالولادة: لا يلزم فيها غيرُ الحدِّ؛ لأنها لا تدخُل تحت اليد، لا بطريق الغصب ولا بطريق الجناية، ولا يثبُت منها النسَب، فلا

---

(١) في هامش (خ): (قوله: إلا برضاه، أي: ما دام عقد الكتابة، فإذا أعتقه ثبت لمولاه ولاية الإجبار بالولاء، كما صرح به الحصيري في «شرحه» على «الجامع الكبير». وللكمال فيها بحث مخالف للمنقول على حسب ما اقتضاه نظره بطريق الاجتهاد منه؛ لأنه بلغ رتبة الاجتهاد المطلق، ولا ينافيه التقليد في بعض المسائل، (فإنه) يتجزأ على الراجح، كما صرحوا به في الأصول، انتهى).

(٢) انظر: «تبيين الحقائق»، كتاب الديات، باب غصب العبد والمدبر والصبي (٦/ ١٦٨).

(٣) في هامش (خ): (قوله: خلافا لهما. هذا الخلاف مبني على تقوم أم الولد وعدمه، فعند الإمام ليست متقومة، وعندهما متقومة بثلث قيمتها قنة. قال في «المنظومة»: وما لأم ولد تقوُّم وقوّماها والأوّل المُقدَّم، انتهى).

سبيلَ فيها إلى لزوم الدِّية، وإن وُطئت بشُبهة بحيث يثبُت فيها النسبُ، فلزوم الدية وإن لم يمكن بطريق الغصب لعدم دخولها تحت اليد: يمكن بطريق الجناية وثبوتِ النسَب منه، ولذا استشكلها المصنف.

ولا يَرِد عليه أن قاضي خان صرَّح في أنه لو زنَى بحُرَّة، فقتَلها بالجماع، فعليه الحدُّ والدِّية[١]؛ لأن ذلك في غير الوطء بشُبهة.

وما في «المختار» و«الكنز» من أنه «لو زنَى بمغصوبة، فرُدَّت فماتَتْ بالولادة: ضمِن قيمتَها، ولا تُضمَن الحُرَّة»[٢]، انتهى، يدلُّ على ذلك؛ لأنهم علَّلوا عدمَ الضمان في الحُرَّة بأنها لا تُضمَن بالغصب، ولا غصب فيما ذكَره المُصنِّف، بل الوطءُ بشُبهة، فكيف يُعلَم حكمُه[٣] من ذلك؟

نعم؛ قد يقال: إن الحرة كما لا تُضمَن بالغصب لا تُضمَن بالوطء بالشبهة، لكنه يلزم على الواطئ مهرُها؛ لما قالوا: إنه لو زُفَّت إليه أجنبيَّةٌ، وقُلْنَ: هي زوجتُكِ، فوطِئها: لا يُحَدُّ، وعليه المهرُ والعدَّةُ للشبهة. واختلفوا في هذه الشبهة، هل هي في الفعل أو المحلِّ، لكن ثبوتُ النسَب منه يدلُّ على أنها

---

(١) «فتاوى قاضي خان»، كتاب الحدود (٣/ ٤٦٩).

(٢) انظر: «كنز الدقائق»، كتاب الغصب (ص ٥٨١).

(٣) في هامش (خ): (قوله: فكيف يعلم حكمه. قال البيري بعد قول المصنف: وينبغي... إلخ. أقول: نص في «البناية» على عدم وجوب الضمان في صورة الزنى، ففي الشبهة من باب أولى. ونصه: محمد، عن يعقوب، عن أبي حنيفة: الرجل يغصب الجارية، فيزني بها، ثم يردها، فتحبل فتموت في نفاسها، قال: هو ضامن لقيمتها يوم علقت، وليس عليه في الحرة ضمان، انتهى كلام البيري. قال أبو السعود بعد نقله: والحاصل أن عدم الضمان في الحرة متفق عليه، والخلاف إنما هو في الأمة، فيضمنها عند الإمام، لا عندهما، ولا فرق في عدم وجوب ضمان الأمة عند محمد، سواء كانت طائعة أو مكرهة، كما نقله البيري عن الصدر الشهيد معزيا للإمام محمد، وإنما قيده بالحبل من الزاني لأنه إذا كان من الزوج أو من المولى فلا ضمان عليه، انتهى كلام أبي السعود).

شبهةُ محلٍّ؛ إذ النسبُ لا يثبُت في شبهة الفعل وإن ادَّعاه، كما في «الوقاية»[١].

[فرع: لو طاوَعته حُرَّةٌ على الزِّنا: لا مهر لها]

(ومن فروع القاعدة: لو طاوَعته حُرَّةٌ) بالغةٌ عاقلة (على الزنا) من غير دعوى شبهة، (فلا مهرَ لها)، وعليهما الحدُّ، وإن كان مطاوعتُها مع دعوى شبهة فلا حدَّ عليهما وعليه العُقْر، وإن كانت مُكرَهةً من غير دعوى شبهة فعليه الحدُّ دونَها، ولا يلزم المهرُ، وإن كان مع دعوى شبهة فلا حد عليهما، وعليه العُقْرُ، كما هو مستفادٌ من حدود «الزيلعي»[٢].

لكن في كون هذه المسألة من فروع القاعدة نظرٌ، وكذا في المسألة الآتية؛ لأن عدم لزومِ المهر فيهما ليس لعدم دخول الحُرَّة تحت اليد، بل لوجوب الحدِّ في الكبيرة، وعدمِ الضمان في الصغير.

(كما في «الخانية»). ليس فيها هذه الحوالة، وإنما فيها هو قولُه:

(وإن كان الواطِئُ صبيًّا)، فالمَزنيَّةُ إن كانت صبيَّةً أيضًا: فلا حدَّ، وعليه المهرُ؛ لأنه مُؤاخَذٌ بأفعاله، وإذنُها لا يصح، وإنْ بالغةً: (فلا حدَّ) عليهما؛ لصباه، (ولا مهرَ)؛ إما لمطاوعتها له على الزنا وإسقاطِها حقَّها، أو لأنه لو ضمِن رجَع وليُّه عليها به، كمن أمَر صبيًّا بشيء، ولحِقه غُرْمٌ: يرجع وليُّه على الآمر، فلا يفيد الضمانَ، كما في حدود «البزازية»[٣] و«الخانية»[٤].

---

(١) انظر: «الوقاية» مع «شرحها» (٣/ ٢٠٣ـ ٢٠٤).

(٢) انظر: «تبيين الحقائق»، كتاب الحدود، باب الوطء الذي يوجب الحد (٣/ ١٨٦).

(٣) «الفتاوى البزازية»، كتاب الحدود، الفصل الثاني في الزنا، نوع مشتركة بين الحدود والجنايات (٦/ ٤٢٩).

(٤) «فتاوى قاضي خان»، أوائل كتاب الحدود (٣/ ٤٦٨).

[مطلب: وطءٌ خلا عن العُقْر والعَقْر]

(وهذا) الذي ذُكر (مما يقال) نقضًا على قولهم: «الوطء الحرامُ في دار الإسلام لا يخلو عن حدٍّ أو مهرٍ»: (لنا وطءٌ خلا عن العُقر)، بضمِّ العين، ما يُدفَع في الوطء الحرام الغير المُوجِب للحدِّ بدلَ المهر من مقدارِ الوطء لو كان الزنا حلالًا، (والعَقرِ)، بفتح العين، الجرح، والمراد هنا الحدُّ.

وقد استثنى المُصنِّف في كتاب النكاح في فنِّ الفوائد من هذا الكتاب أيضًا مسألتين أخرَيَين:

إحداهما: تزوَّج صبيٌّ امرأةً مُكلَّفةً بغير إذن وليِّه، ثم دخل بها طَوْعًا، فلا حدَّ ولا مهر. وعلَّله في «البزازية» بأن المرأة لما زوَّجت نفسَها منه مع العلم[1] بأن النكاح غيرُ نافذٍ فقد رضِيت ببُطلان حقِّها[2].

وثانيتُهما: لو وطِئ البائعُ الجاريةَ المَبيعةَ قبل التسليم: فلا حدَّ ولا مهرَ عنده، وعندهما: يجب العُقر.

وزاد البيري مسألتَي ما: «إذا زوَّج عبدَه من أمته، قيل: لا يجب المهرُ؛ لأنه لو وجب لوجب لنفسه على نفسه، وأنه لا يجوز، وقيل: يجب ثم يسقُط؛ لأنه يجب حقًّا لله. وفيه فائدة؛ لأنه لو كان عليها دينٌ يُستوفَى منه ويُقضَى دينُها، قالوا: والأوَّل أظهرُ، وما إذا زنى بنائمةٍ: فإنه لا يجب المهرُ»[3].

---

(١) في هامش (خ): (قوله: مع العلم، ولو حكما بالكون في دار الإسلام، وجهلها ليس بعذر، فتدبر).

(٢) «الفتاوى البزازية»، كتاب الحدود، الفصل الثاني في الزنا، نوع مشتركة بين الحدود والجنايات (٦/ ٤٢٩).

(٣) انظر: «عمدة ذوي البصائر» للبيري (١/ ٣٣٢).

(بخلاف ما إذا طاوَعَتْه)، أي: الصبي، (أمَةٌ)، بالغةٌ كانت أو لا، وما وقع في بعض العبارات من التقييد بالبالغة فاتفاقيٌّ، (على الزِّنا)، فإنه يجب فيه المهرُ (لكون المهر حقَّ السيِّد)؛ قال في «البزازية»: «دعَت أمةٌ صبيًّا، فزنَى بها: يضمن المهرَ؛ لأن أمرها لم يصِحَّ في حقِّ المولى»[1].

ولا يَرِدُ عليه ما تقدم عن «الخانية» من أن الحرَّة البالغة لو دعَت صغيرًا، وطاوَعَتْه، وزنَى بها؛ لأنها لو وجب لها المهرُ لرجع الوليُّ به عليها، فلا يفيد التضمينُ، والحال أن هنا كذلك؛ لأن مولى الأمة لو ضمَّن مهرَها للصغير لرجع به وليِّ الصغير عليه، فلا يفيد؛ لأنا نقول: إن وليَّ الصغير لا يرجع هنا على المولى، بل على الأمة بعد العتق، فيُفيد التضمينُ.

[استثناء: الحُرُّ لا يدخُل تحت يدِ أحدٍ، إلا الزوجة، فإنها في يدِ زوجِها]

(وخرج عن القاعدة) المذكورة أن الحرَّ لا يدخُل تحت اليد (قولُ أصحابنا: إذا تنازَع رجلان في امرأةٍ، وكانت) المرأةُ (في بيتِ أحدِهما، أو دخل بها أحدُهما)، ولم يكُن لأحدهما بيِّنةٌ على سَبْق العقد: (فهو)، أي: صاحب البيت أو الدخول، (أَولى) بالزوجة من الآخر؛ (لكونه)، أي: دخوله أو حصولها في بيته، (دليلا على سَبْقِ عقدِه).

وتوضيح هذه المسألة: أن دعوى الرجُلَين نكاحَ امرأةٍ إما أن يكون حالَ حياتِها أو بعد موتها.

وعلى الأوَّل: إما أن يكون مُتعاقِبًا أو معًا.

---

(١) «الفتاوى البزازية»، كتاب الحدود، الفصل الثاني في الزنا، نوع مشتركة بين الحدود والجنايات (٦/ ٤٢٩).

وعلى كونهما معًا: فإما أن يكون ثمّة بيِّنةٌ أو لا.

فإن لم يكن لهما بيِّنةٌ، فإما أن يكون لأحدهما شيءٌ من اليد، أو الدُّخول، أو الإقرار، أو لا يكون لهما شيءٌ من هذه الثلاثة، أو لم يكن شيءٌ منهما لواحد منهما.

فإن كان لأحدهما شيءٌ منها: فهي امرأتُه؛ لتأكُّد دعواه بما يدلُّ على السَّبْق، وإن كان لهما شيءٌ من هذه الثلاثة، بأن كان لأحدهما يدٌ وللآخَر دخولٌ أو إقرارٌ: فصاحبُ اليدِ أولى على ما قاله محمد بن الفضل؛ لقوة اليد.

وإن لم يكن لواحدٍ منهما شيءٌ منها أصلا: لم يقض لواحد منهما؛ لتهاتُر دعواهما لعدم المُرجِّح.

وإن كان ثمَّة بيِّنةٌ، فإما من طرَفٍ واحدٍ، أو من طرفَين.

فإن كان من طرف واحد: فأيُّهما أقام بيِّنةً قُبِلت، سواء كان للآخر شيءٌ من المعاني الثلاثة المذكورة أو لا؛ لأن البيِّنة أقوى منها.

وإن كان من طرفين، فإما أن لا يُؤرِّخا أصلا، أو يُؤرِّخَ أحدُهما، أو يُؤرِّخا كلاهما، مُتساوِيًا أو مُتفاوِتًا.

فإن لم يُؤرِّخا، أو أرَّخا مُتساوِيًا، فإما أن يكون لأحدهما شيءٌ من هذه الثلاثة أو لا، فإن لم يكن: بطَلت البيِّنتان؛ لعدم المرجِّح، وإن لأحدهما شيءٌ من هذه الثلاثة: فبيِّنتُه أولى؛ لتأكُّدها بما يدلُّ على السَّبْق ولتصادُقهما في الإقرار، والنكاح مما يثبُتُ بالتصادُق، إلا أن يقيم الآخَرُ بيِّنةً على السبق؛ لأن الصريح أولى من الدلالة، والثابتُ بالبيِّنة صريحٌ، وبأحدِ هذه الثلاثة دلالةٌ.

وإن كان لأحدهما يدٌ، وللآخَر إقرارُ المرأة، وبَرْهَنا، قيل: يُحكَم للمُقَرِّ له؛ ترجيحًا لبيِّنته، وقيل: لذي اليدِ؛ ترجيحًا لبيِّنته.

وإن أقام كلٌّ منهما بيِّنةً على الدخول: لا يُقضَى لأحدهما؛ لبُطلان البيِّنتَين، كما لو أقرَّت لكلٍّ منهما.

وإن أرَّخ أحدُهما فقط، وشهِد شهودُه على النكاح والوقت، وليس للآخَر شيءٌ من اليد والدخول والإقرار: فصاحب التاريخ أولى؛ لكونه أكثرَ إثباتًا.

وإن كان للآخَر شيءٌ من اليد والدخول: فصاحبُها أولى؛ لدلالتها على السَّبق، وكذا إذا كان للآخَر إقرارُ المرأة: فهي للمُقَرِّ له؛ لتصادُقِهما، كما في «الخلاصة»[١] و«البزازية»[٢]، وإن أرَّخا مُتفاوِتًا: فالسابق أولى، سواء كان للآخَر شيءٌ من هذه الثلاثة أو لا.

(والأَولى أن يُقال) في التعليل، يعني بدلَ قولِه «لكونه دليلا على سبق عقدِه»: **(إن الزوجة في يد الزوج؛ لما قدمناه)** من قولنا: «وكانت في بيت أحدِهما، أو دخل بها أحدُهما»، فإن ما ذُكر يدلُّ على أن الزوجة في يد الزوج، **(ولقولهم في باب التحالُف)** لو اختلف الزوجان في متاع البيت: **(إن القولَ قولُه)**، أي: الزوج، **(فيما يصلُح لهما)**، كالفراش والأمتعة والأواني والرقيق، **(مُعلِّلين)** ذلك **(بأنّها)**، أي: الزوجة، **(في يد الزوج، فهي)**، أي: الزوجة، **(وما في يدها)** تكون **(في يده)**، أي: الزوج، **(فيُقالَ)**، بالنصب عطفٌ على «يقال» في «أن يقال»، **(في أصل القاعدة: الحُرُّ لا يدخُل تحت يدِ أحدٍ إلا الزوجة، فإنها في يدِ زوجِها)**؛ ليَظهر استثناءُ[٣] المسألة من القاعدة.

---

(١) «خلاصة الفتاوى»، كتاب الدعوى، الفصل الثاني عشر في دعوى النكاح (٤/ ١١٠ ـ ١١١).

(٢) انظر: «الفتاوى البزازية»، كتاب الدعوى، الفصل الثاني عشر في دعوى النكاح (٥/ ٣٦٥).

(٣) في هامش (خ): (قوله: ليظهر استثناء... إلخ، علة لقوله: والأولى أن يقال، كما يعلم من «الحموي» و«أبي السعود»، انتهى).

فإن عُمِّم اليد في القاعدة بما يَشمل يدَ الغصب ويدَ الملك، سواء كانت ملكَ منفعةٍ أو ملكَ رقبة: يحتاج إلى الإخراج، وإن خُصِّصت بملك الرقَبه فهذه المسألة من القاعدة، وهذا التخصيص هو مقتضى كلماتِهم في باب الغصب، ولا فائدةَ في تعميم الملك ثم تخصيصِه بملك الرقبة، على أنه لو عُمِّمت يَرِدُ عليها الصغير، فإن للولي يدًا عليه، اللهم إلا أن يقال: إن يده عليه يدُ حفظٍ وتصرُّفٍ محضٍ، لا غير، لا يدُ ملكِ منفعةٍ، كالزوجة، فالفرقُ بينهما واضح.

(ورأيتُ في «الفُصولَين» في الفصل التاسع عشر)، بل في الفصل العشرين، (ما نصُّه: امرأةٌ في يدِ رجلٍ يدَّعِي) الرجلُ (أنها امرأتُه، وخارجٌ أيضًا يدَّعيها، وهي تُصدِّقُه)، أي: الخارج، فالقول لربِّ الدار، فلا يُعتبَر قولُها، (فقد صرَّح) في هذه المسألة (أن اليد تثبُت على الحُرَّة بحفظِ الدار، كما) تثبُت (في المتاع، انتهى) كلام «الفصولين»[1].

وفي «الدرر»: «وهبت دارَها من زوجها، وهما بمتاعهما ساكنان فيها: جازت الهبةُ، ويصير الزوجُ قابضًا للدار؛ لأن المرأةَ ومتاعَها في يد الزوج، فيصح التسليمُ»[2]، انتهى.

فهذا يدل على أن الزوجة تكون في يد الزوج، والله سبحانه أعلم.

***

(١) «جامع الفصولين»، الفصل العشرون في دعوى النكاح والمهر والنفقة (١/ ١٨٥).

(٢) «درر الحكام»، كتاب الهبة، ما تصح به الهبة (٢/ ٢٢٠).

[القاعدة الثامنة: في تداخُل أمرَين من جنس واحدٍ لم يختلف مقصودُهما]

(القاعدة الثامنة) من قواعد النوع الثاني: (إذا اجتمَع أمرانِ)، أو أمورٌ (من جنس واحدٍ[1]، ولم يختلف مقصودُهما)، أي: المقصودُ منهما: (دخَل أحدُهما)، أي: الأصغرُ منهما، (في الآخَر غالبًا). وفوائدُ القُيود تَظهر من الفروع. (فمن فروعها):

[فرع: اجتمع حدَثٌ وجَنابة، أو جنابة وحيضٌ: كفى غُسلٌ واحدٌ]

(إذا اجتمَع حدَثٌ وجنابةٌ)، فمُوجَب الأوَّل الوضوءُ، والآخَرِ الغُسلُ، فاجتمع غسلٌ ووضوءٌ، وكلاهما من جنس الطهارة، والمقصود منهما إباحةُ الصلاة ونحوها، (أو) اجتمع (جنابةٌ وحيضٌ)، فمُوجَب الأوَّل والثاني والغُسلُ، فاجتمع غُسلان، والمقصود من كلٍّ منهما النظافةُ والاستعداد للقيام بين يدَي الربِّ تعالى: (كفَى) للكُلِّ (الغُسلُ الواحدُ)، فدخل الوضوءُ في الغسل في الأُولى، وأحدُ الغُسلَين في الآخر في الثانية.

قالوا: وهذا هو ظاهر الجواب، وقيل: يكون من الأول، لا من الثاني، كما إذا رعَف ثم بال. وقال الفقيه أبو جعفر: إن كان من جنسَين مُتَّحِدَين: يكون من الأول، لا من الثاني، ومن مُختلِفهما منهما. وسُئل محمدُ بن الحسن عمن رعَف ثم بال، فالوضوءُ يكون من الأوَّل أم من الثاني؟ فأجاب أنه منهما.

وثمَرةُ الخلاف إنما تظهر فيما إذا قال رجل: إن توضأتُ من الرُّعاف فامرأته طالق، فرعَف ثم بال فتوضَّأ: يقع عليها في الرِّوايات كلِّها؛ أما على الأول، فلأنه وُجد الرُّعافُ أوَّلا، وأما على مَن قال عند اختلاف الجنسَين من الثاني، فلأنَّ الطهارة تكون منهما.

(١) في هامش (ع): (أي: موجبهما)، يعني: موجبهما واحد.

وأما إذا بال ثم رعَف ثم توضَّأ: فعلى الأوَّل لا يقع الطلاق؛ لأن وقوعه بالوضوء من الرُّعاف، والوضوء هنا من البَوْل، وعلى غيره يقع الطلاق؛ لأنه منهما جميعًا، كذا في «الذخيرة» من متفرِّقات الطهارة[١].

[فرع: باشَر المُحرِمُ فيما دون الفرج، ثم جامَع في ذلك المجلس]

(ولو باشَر) الحاجُّ (المحرمُ فيما دون الفَرْج)، وأنزَل أو لم يُنزل، (ولزِمت) عليه (شاةٌ) ولم يفسُد حجُّه، (ثم جامَع) في ذلك المجلس، وهو بعد الوقوف بعرفة، فلم يفسُد حجُّه، (ولزِمَتْه بدَنةٌ، ومُقتضاها)، أي: القاعدة، (الاكتفاءُ بمُوجَب الجِماع)؛ لكون موجَبه أكبَرَ من مُوجَب المُباشَرة، ولِلُزوم اعتبار الأكبَر في التداخُل، كما أشرنا إليه.

(ولم أرَه الآن صريحًا). وإنما حمَلنا الجِماعَ على ما بعد الوقوف لأن الجماع قبل الوقوف مُوجَبُه الشاةُ أيضًا، فدخولُ الأوَّل في مُوجَب الثاني ليس أَولى من العكس.

[فرع: قصَّ المُحرمُ أظفارَ يدَيه ورجلَيه في مجلسٍ واحد أو مجالسَ]

(ومنها)، أي: فروع القاعدة، (لو قصَّ المُحرِمُ) أظفارَ (يدَيه ورِجلَيه في مجلس واحدٍ: فإنه يجب دمٌ)؛ لأنه من محظورات الإحرام، (واحدٌ)؛ لاتِّحاد الجنس، (اتفاقًا، وإن كان) القصُّ (في مجالسَ فكذلك) يجب دمٌ واحدٌ (عند محمد) رحمه الله تعالى؛ لأن مَبنى الكفَّارات على التداخُل، ككفَّارة الفطر[٢]، (وعلى قولهما: لكلِّ يدٍ

---

(١) انظر: «الذخيرة البرهانية»، كتاب الطهارة، الفصل الخامس عشر في المتفرقات (١/ ٤٨٧)، و«غمز العيون» (١/ ٣٩١).

(٢) في هامش (خ): (قوله: الفطر، أي: الإفطار في رمضان عمدا إذا كان مبيتا للنية؛ لأن الكفارة لا تجب إلا في إفساد صوم متفق عليه بين الأئمة الأربعة، انتهى).

دمٌ، ولكلِّ رِجلٍ دمٌ إذا وُجد ذلك) القصُّ (في كلِّ مجلس، حتى يجب عليه أربعةُ دماء إذا وُجد في كلِّ مجلسٍ قَلْمُ يدٍ ورِجل)، وإن قلَم في مجلس أقلَّ من يدٍ أو رجل، أو قلَم خمسةَ أصابعَ أو أكثرَ مُتفرِّقةً: يلزم أن يتصدَّق بنصفِ صاعٍ من بُرٍّ بقَلْم كلِّ ظُفر، إلا أن يبلُغ ذلك دمًا، فينقص ما شاء.

(فجعلناها)، أي: قصَّ الأظفار في المجلس، (جنايةً واحدةً معنًى)، وإن كانت الأعضاءُ مُتبايِنةً حقيقةً؛ (لاتِّحاد المقصود منها)، يعني قلنا: إن التداخُل مُقيَّدٌ باتحاد المجلس لوجود الجامع وهو المجلسُ؛ لأنه يجمع المُختلِفات، كما في آيِ السَّجدة، واتحادُ المجلس تقوَّى باتحاد المقصود، (وهو الارتفاقُ)، أي: الاستِرْوَاح باختيار الأيسَر والأرفق.

(فإذا اتَّحد المجلسُ يُعتبَر المعنى)، فيُجعل الكلُّ جنايةً واحدة، (وإذا اختلف المجلسُ (يُعتبَر جناياتٍ) مُتعدِّدة؛ (لكونها أعضاءً مُتبايِنة).

والحاصل أن هنا أمورًا ثلاثة: اتحادُ المقصود، واتحادُ المحلِّ، واتحادُ المجلس، وكذا اختلافُها، فمتى اختلف الجميعُ: لزمته كفَّاراتٌ مُتعدِّدة اتفاقًا، وإن اتحد الجميعُ: لزمته واحدةٌ اتفاقًا، وإن اتَّحد المقصودُ واختلف المحالُّ فإن اتحد المجلس: تقوَّى جانبُ الاتحاد، فلزِمَتْه كفَّارةٌ واحدة، وإن اختلف المجلس: تقوَّى جانبُ الاختلاف، فتتعدَّد الكفارةُ بتعدُّد الجناية، فلو حلَق رأسَه في مجالس: تلزمه كفارةٌ واحدةٌ؛ لاتحاد المحلِّ والمقصود، بخلاف ما نحن فيه.

[فرع: جامَع المُحرم مرَّةً بعد أُخرى، امرأةً واحدةً أو نِسْوة]

(وعلى هذا الخلاف، لو جامع) المُحرِمُ في أحدِ السَّبيلَين عمدًا، أو ناسِيًا، أو مُكرَهًا، قبل الوقوف (مرَّةً بعد أُخرى، مع امرأةٍ واحدةٍ أو نِسْوةٍ)، فإن كان في مجلس واحد: يلزمه دمٌ اتفاقًا، وإنْ في مجالسَ: فكذلك عند محمد، وعلى قولهما: لكلِّ

جماعٍ دمٌ، (إلا أنَّ مشايخَنا قالوا في الجماع بعد الوقوف) قبل الحلق: (في المرَّة الأُولى عليه بدَنةٌ، وفي الثانية عليه شاةٌ). ظاهرُه: أنه كذلك ولو بعد الحلق، فلم يَعتبِرُوا التداخُلَ، ولم يَتعرَّضُوا للاختلاف المذكور فيه، (كذا في «المبسوط»[1]).

(وفي «الخانية»: فإن جامَعها مرَّةً) بعد ما جامَعها مرَّةً (أُخرى في غير ذلك المجلس، قبل الوقوف بعرفة، ولم يقصِد به)، أي: الجماع الثاني، (رَفْضَ الحجَّة الفاسدة) بالجماع الأوَّل: (يلزمه دمٌ آخَرُ بالجماع الثاني في قول أبي حنيفة وأبي يوسف) رحمهما الله تعالى، على وَفْق الخلاف المذكور بينهما وبين محمد رحمهم الله تعالى. (ولو نوى بالجماع الثاني رَفْضَ الحجَّةِ الفاسدة: لا يلزمه بالجماع الثاني شيءٌ، انتهى) حاصلُ ما في «الخانية»[2].

[فرع: تحيَّةُ المسجد تدخُل في الفرض أو الرَّاتبة، وكذلك طوافُ القدوم]

(ومنها)، أي: فروع القاعدة، (لو دخل المسجدَ، وصلَّى الفرض أو السُّنَّة الراتبة: دخَلت فيه)، أي: فيما صلَّى، (التحيَّةُ)، أي: صلاةُ التحية.

(ولو طاف القادِمُ) حين قدِم مكَّة (عن فرضٍ أو نَذْر: دخَل فيه)، أي: هذا الطواف، (طوافُ القُدوم) الذي هو سُنَّةٌ لغير المقيم بمكة، ويُسمَّى طوافَ التحيَّة.

قال في «البحر»: «يُسَنُّ للقادِم، لا للمكِّيِّ؛ لأنه كتحِيَّة المسجد لا تُسَنُّ للجالس فيه، وليس كتحيَّة المسجد من كلِّ وجهٍ؛ فإن الفرض أو السُّنَّة تُغنِي عن تحية المسجد، بخلاف القدوم؛ لما سيأتي من أن القارن يطوف للعمرة أوَّلا، ثم

---

(١) انظر: «المبسوط»، كتاب المناسك، باب كفارة قص الأظفار (٤/ ٧٨-٧٩).

(٢) انظر: «فتاوى قاضي خان»، كتاب الحج، فصل فيما يجب على المحرم بارتكاب المحظور (١/ ٢٨٨).

يطوف للقُدوم ثانيًا، ولا يكفيه الأوَّل»[١]، انتهى، يعني: أن طواف القدوم وإن كان كتحيَّة المسجد في إغناء الفرض عنه، لكن يُخالفها في أنه لا يُغني النفلُ عنه، كما في طواف العمرة.

وقال أيضًا عند قول «الكنز»: «ومن لم يدخُل مكَّة، ووقَف بعرفة: سقَط عنه طوافُ القُدوم»: «إن السقوط مجازٌ عن عدم سُنيَّتِه في حقِّه، فإن حقيقة السقوط لا تكون إلا في اللازم؛ إما لأنه ما شُرع إلا في ابتداء الأفعال، فلا يكون سُنَّةً عند التأخير، ولا شيء عليه بتركه؛ لأنه سُنَّة، وإما لأن طواف الزيارة أغنى عنه، كالفرض يُغنِي عن تحيَّة المسجد، ولذا لم يكن للعمرة طوافُ قدوم؛ لأن طوافَها أغنى عنه»[٢]، انتهى.

[فرع: طوافُ الإفاضة لا تتداخَلُ مع طواف الوَداع]

(بخلاف ما لو طاف للإفاضة، لا يدخل فيه طوافُ الوَداع؛ لأن كلًّا منهما مقصودٌ، ومقصودُهما)، أي: المقصود منهما، **(مختلفٌ)**؛ إذ المقصود من طواف الإفاضة: أداءُ الفرض وتفريغُ الذِّمَّة، وبالوَداع: توديعُ البيت.

«وقد يقال: هذا جارٍ في المسألة الأُولى؛ إذ المقصود بالفرض والمنذور: تفريغُ الذمة، وبطواف القدوم: تحيَّةُ البيت في أوَّل اللِّقاء، وهما مختلفان»، «حموي»[٣].

---

(١) «البحر الرائق»، كتاب الحج، باب الإحرام (٢/ ٣٥٧).
(٢) «البحر الرائق»، كتاب الحج، باب الإحرام، فصل: من لم يدخل مكة (٢/ ٣٧٩).
(٣) «غمز العيون» (١/ ٣٩٣).

وفيه تأمُّلٌ؛ إذ تفريغُ الذمة لا يُنافي اجتماعَ تحيَّة البيت أو اللِّقاء، بخلاف الفرض مع النذر.

[فرع: الصلاةُ في المسجد الحرام لا تنوب عن تحيَّة البيت]

(ولو دخل المسجد الحرام، فصلَّى مع الجماعة)، قيدٌ اتفاقيٌّ؛ إذ لو صلَّى مُنفرِدًا فكذلك، **(لا ينوب عن تحيَّة البيت)**، وهو الطواف؛ **(لاختلاف الجنس)**، فإن الأوَّل من جنس الصلاة، والثاني من جنس الطواف.

[فرع: أداء فريضة عَقِبَ طوافٍ لا يكفي عن ركعتَي الطواف]

(ولو صلَّى فريضةً عقِب طوافٍ ينبغي أن لا تكفِيَه عن ركعتَي الطواف)، وهي الصلاة عقب الطواف، **(بخلاف تحيَّة المسجد)**؛ فإن الفريضة تكفي عنها؛ **(لأن ركعتَي الطواف واجبةٌ، فلا تسقُط بفعل غيرِها، بخلاف تحيَّة المسجد)**، فإنها مُستحَبَّة، فتدخُل في الواجب.

[فرع: السجدةُ الصُّلبية والركوع يُجزِئُ عن سجدة التلاوة بشرط الفور]

(ولو تلَا آيةً)، أي: آية سجدة في الصلاة، **(فسجَد)** سجدةً **(صُلبيَّة)**، أي: سجدة الصلاة، **(قبل أن يَقرَأ ثلاثَ آياتٍ)**، قيَّد به؛ لأنها تجب سجدةُ التلاوة في الصلاة على الفور، فلو سجد بعد ما قرَأها لم تجُز؛ لأنها تصير دَينًا عليه، والدَّين يُقضَى بما له، لا بما عليه، والسجدة الصُّلبيَّة عليه: **(كَفَتْ)** السجدةُ الصُّلبية **(عن سُجود التِّلاوة)** من غير نيَّةٍ؛ **(لحُصول المقصود منهما)**، أي: سجدة التلاوة والصلبية، **(وهو)**، أي: المقصود منهما، **(التعظيمُ)** لله تعالى بالخضوع له مُوافَقةً لمَن عظَّم، ومُخالَفةً لمن استكبَر.

(وكذا) الحكم (لو ركَع ناوِيًا لها)، أي: للسجدة التلاوية، سواء كان ركوعَ الصلاة أو غيره، (فورًا)، أي: قبل أن يقرأ ثلاثَ آيات: (أجزأ) الركوعُ المَنويُّ عنها فورًا (قياسًا)؛ لحصول المقصود منهما، وهو التعظيم؛ قال في «البحر» نقلا عن «المجتبى»: «تلاها وركَع للتلاوة مكانَ السجود: يُجزئه قياسًا، لا استحسانا، والأصح أنه يجزئه استحسانًا، لا قياسًا، قال: وبه قال علماؤنا، انتهى معنى كلام «المجتبى». ووجهُ الأصحِّ: أن القياس يقتضي عدمَ الجواز؛ لأنه الأمرُ الظاهر [بالسجود]، والركوعُ خلافُ السجود، لكنَّ الحقَّ الأوَّلُ؛ لتصريح محمد رحمه الله تعالى، فإنه قال في «الكتاب»: فإن أراد أن يركع بالسجدة نفسِها هل يجزئه ذلك؟ قال: أما في القياس فالركوع في ذلك[1] والسجودُ سواءٌ، وأما في الاستحسان فينبغي له أن يسجُد، وبالقياس نأخُذ»، انتهى كلام «البحر»[2].

[مطلب: في القياس والاستحسان، والترجيح بينهما عند التعارُض]

اعلم أن القياس في اصطلاح الأُصوليين عبارةٌ عن مُساوَاة الفرع للأصل في علَّة حُكمه، وهو ينقسِم إلى جَلِيٍّ وخَفِيٍّ، وخصُّوا الثاني باسم الاستحسان، فهو دليلٌ مُعارِضٌ للقياس الجليِّ، والأول باسم القياس.

وهنا لما كان عدمُ تأدِّي المأمورِ به بالإتيان بغير المأمور به أمرًا جليًّا، وعكسُه خفيًّا: استُبعِد جعلُ تأدِّي السجدة بالركوع قياسًا، وعدمُ تأدِّيها به استحسانًا، فلذا قال في «المجتبى»: «والأصحُّ... إلخ»، لكن حيث وقع في كلام محمد رحمه الله تعالى فلا يُعدَل عنه، ويُبيَّن له وجهٌ، فقال صدرُ الشريعة في بيانه: «إذا جاز إقامةُ

---

(١) في النسخ: (هو)، بدل قوله: (في ذلك). والمثبت من «البحر الرائق».

(٢) «البحر الرائق»، كتاب الصلاة، باب سجود التلاوة، تأخير سجدة التلاوة (٢/ ١٣٢ـ ١٣٣).

الركوع مقامَ السجود ذكرًا لما بينهما من المناسبة، أعني: اشتمالَهما على التعظيم والانحناء، فجاز إقامتُه مقامَه فعلا بتلك المناسبة، وهذا أمرٌ جليٌّ تَسبِقُ إليه الأفهامُ، فيكون قياسًا، إلا أن الاستحسان أن لا تتأدّى به، كالسجدة الصلاتية لا تتأدّى بالركوع؛ لأن الأمر بالشيء يقتضي حُسْنَه لذاته، فيكون مطلوبًا لعينه، فلا يتأدّى بغيره، وهذا قياسٌ خفيٌّ بالنسبة إلى الأوّل، فيكون استحسانًا»[1].

قال في «التلويح»: والأقربُ أن يقال: لما اشتمل كلٌّ من الركوع والسجود على التعظيم: كان القياس فيما وجب بالتلاوة في الصلاة أن يتأدّى بالركوع كما يتأدّى بالسجود؛ لما بينهما من المناسبة الظاهرة، ولهذا صحَّ التعبيرُ عنه بالركوع في قوله تعالى: ﴿وَخَرَّ رَاكِعًا﴾ [ص: ٢٤]، أي: سقَط ساجدًا، فهو قياسٌ جليٌّ»[2].

(وهـذا) الموضع (من المواضع التـي يُعمَل فيها بالقياس) دون الاستحسـان، (كمـا بيّنّاه في «شـرح المنار»).

قال فيه: «قسَّموا الاستحسانَ إلى ما قوِي أثرُه، وإلى ما خفِي فسادُه [وظهرت صحّتُه]، وقسَّموا القياس إلى ما ضعُف أثرُه، أي: تأثير علَّته بالنسة إلى مُقابِله، وإلى ما ظهر فسادُه وخفِيت صحتُه. فأوّل الأوّل مُقدَّم على أوّل الثاني، وثاني الثاني مُقدَّم على ثاني الأوّل.

مثال ما اجتمع ثانياهما: أنه إذا تلَا آية سجدة في صلاته فإنه يركع بها قياسا،

---

(١) «التلويح على التوضيح»، القسم الأول في الأدلة الشرعية، الركن الرابع القياس، فصل القياس جلي خفي (٢/ ١٦٥). ثم قال فيه: «وفيه نظر؛ إذ لا يخفى أن عدم تأدي المأمور به بغيره قياسا على أركان الصلاة أظهر وأجلى من تأديه به قياسا على جواز إقامة اسم الشيء مقام اسم غيره».

(٢) «التلويح على التوضيح»، القسم الأول في الأدلة الشرعية، الركن الرابع القياس، فصل القياس جلي وخفي (٢/ ١٦٥ ـ ١٦٦).

وفي الاستحسان لا يجزئه، وإنما كان الركوع هو القياس لظهور أن إيجابَ السجدة لإظهار التعظيم، وهو في الركوع، ولذا أطلق عليها اسمه في قوله تعالى: ﴿وَخَرَّ رَاكِعًا﴾ [ص: ٢٤]، وهي صحّتُه الخفيَّة.

أما فساده الظاهر، فلزومُ تأدِّي المأمور به بغيره، والعملُ بالمجاز مع إمكانه بالحقيقة.

والاستحسان الأخفى: لا يركع بها؛ قياسًا على سجود الصلاة لا يَنُوب ركوعُها عنه، وهو صحّتُه الظاهرة لوجه فسادِ ذلك من تأدِّي المأمور به بغيره.

وأما فساده الباطن، فلأنه قياس مع الفارق، وهو أن في الصلاة كل من الركوع والسجود مطلوب بطلبين بقوله: ﴿ٱرۡكَعُواْ وَٱسۡجُدُواْ﴾ [الحج: ٧٧]، فمنع تأدي أحدهما في ضمن الآخر، بخلاف سجدة التلاوة طلبت وحدها، وعُقل أنه لذلك الإظهار ومُخالَفة المُتكبِّرين[١] بما اعتُبِر عبادةً، غير أن الركوع خارجَ الصلاة لم يُعرَف عبادةً، فتعيَّن فيها، فترجَّح القياس.

ونُظِر في أن ذلك ظاهرٌ وهذا خفيٌّ، وهو عن الذُّهول عن التعبير عنها شرعًا بالركوع، وظهَر أن لا استحسان إلا معارضًا لقياس، كذا في «التحرير»[٢]»[٣].

ثم قال: «واعلم أن هذا من المواضع التي يقدم فيها القياس على الاستحسان»، انتهى[٤].

---

(١) كذا في «فتح الغفار». وفي النسخ: (وعقل أنه كذلك لإظهار مخالفة المتكبرين).

(٢) «التحرير» مع «التيسير»، الباب الرابع القياس، المرصد الثالث في مسالك العلة، فصل: قسم الشافعية القياس باعتبار القوة (٤/ ٧٩ـ ٨٢).

(٣) «فتح الغفار»، باب القياس، حكم القياس (٣/ ٣١).

(٤) «فتح الغفار» (٣/ ٣٢).

[فرع: كرَّر آيةَ سجدة في مجلس واحد تكفي سجدةٌ واحدة]

(**وكذا لو تلَا آيةً**) من آيات السجود، (**وكرَّرها في مجلس واحد: اكتُفي بسجدة واحدة**).

[فرع: لو تعدَّد السَّهْوُ في الصلاة لم يتعدَّد سجودُ السهو]

(**ولو تعدَّد السَّهْوُ**) المُوجِب لسُجود السهو (**في الصلاة**) الواحدة: (**لم يَتعدَّد** سجودُ السهو الجابرُ لنقصان السهو، (**بخلاف**) الجزاء (**الجابر في**) جنايات (**الإحرام، فإنه**)، أي: الجابر، (**يتعدَّد بتعدُّد الجناية**)، لكن لا مطلقًا، بل (**إذا اختلف جنسُها**)، وكذا يتعدَّد بتعدُّد المجلس عندهما وإن لم يختلف جنسُها، كما في قَلْم الأيدي والأرجُل في مجالس؛ (**لأن القصد بسُجود السهو رغمُ أنفِ الشيطان**)، أي: إذلالُه بتدارُك ما كان جابرًا لنقصان تركِ الواجب بإغفال الشيطان وإلقائه ما يكون شاغلا عنه، وقد حصل ذلك الرغمُ بالسجدتَين آخِرَ الصلاة، (**والمقصود من الثاني**)، أي: الجابر في الإحرام، (**جَبْرُ هَتْك الحُرمة**)، أي: حرمة الإحرام أو الحرَم، (**فلكُلٍّ**) من الجنايات المختلفِ جنسُها أو مجلسُها يجب (**جَبْرٌ، فاختلف المقصودُ**) منها، الظاهر أن يقول: لاختلاف المقصود.

[فرع: زنى، أو شرب، أو سرَق مرارًا: كفى في كلٍّ منها حدٌّ واحدٌ]

(**ولو زنَى، أو شرِب الخمرَ، أو سرق مرارًا: كفى في كلِّ واحدٍ منها حدٌّ واحدٌ، سواء كان الأوَّلُ موجِبًا لما أوجبه الثاني**)، كما إذا زنى غيرَ مُحصَن مرارًا، فإن مُوجَب الكلِّ الجلْدُ، (**أو لا**) يكون الأوَّلُ مُوجِبًا لما أوجَبه الثاني، بل يكون مُوجَبُ الثاني أغلظَ مما أوجبه الأوَّل، لكن في هذه الصورة كفى الثاني عن الأول، لا العكس، كما

يشير إليه قولُه: (فلو زنَى) حال كونه (بِكرًا)، أي: غيرَ مُحصَن، ذَكَرًا كان أو أُنثى، (ثم زنى) حالَ كونه (مُحصَنًا) مُتزوِّجًا، فإن مُوجَب الأوَّل الجَلد، ومُوجَب الثاني الرَّجْمُ: ففي هذه الصورة (كفى) مُوجَب الزنا الثاني، وهو (الرَّجْم)، ولا يقام عليه مُوجَب الأوَّل، وهو الجَلد؛ لما تقرَّر أنه لا يُجمَع بين رجم وجلد، ولو زنَى ثانيًا بكرًا كان عليه جَلدٌ واحد.

[فرع: قذَف مرارًا، شخصًا أو جماعةً، في مجلس أو مجالسَ: كفى حدٌّ]

(ولو قذف) واحدٌ (مرارًا، شخصًا واحدًا أو جماعةً) بكلمةٍ واحدة، بأن قال: أنتم زُناةٌ، أو بكلماتٍ، (في مجلس واحدٍ أو مجالسَ: كفى) عنها (حدٌّ واحدٌ)، حتى «لو حضر واحدٌ منهم، فادَّعى القذفَ، وحُدَّ، ثم ادَّعى آخَرُ: لا يُحَدُّ له؛ لأن حُضورَ بعضِهم كحُضور كلِّهم»، «عناية»[(١)].

وبه يظهر ضعفُ ما في «الحاوي القدسي»: «لو قذَف جماعةً بقولٍ واحد: لم يكن عليه إلا حدٌّ واحد، ومقتضاه أنه لو قذف جماعةً بكلماتٍ: لم يكفِ حدٌّ واحد»[(٢)]، انتهى.

[فرع: زنى أو قذَف أو شرِب فحُدَّ، ثم فعل ثانيًا: يُحَدُّ ثانيًا]

(بخلاف ما إذا زنى فحُدَّ) منه، (ثم زنَى: فإنه يُحَدُّ ثانيًا)، سواء كان الأوَّل مُوجِبًا لما أوجبه الثاني أو لا، وكذا لو قذف فحُدَّ، ثم قذَف: فإنه يُحَدُّ، أو شرِب فحُدَّ، ثم شرِب ثانيًا: فإنه يُحَدُّ.

---

(١) العبارة هذه في «فتح القدير»، كتاب الحدود، باب حد القذف (٥/ ٣٤٠)، وليست في «العناية».

(٢) ليس في «الحاوي القدسي» ما ذكره الشارح، وإنما فيه ما ذكره ابن نجيم في المتن، قال فيه في كتاب الحدود، باب حد القذف (٢/ ٣٥٩): «ومن قذف رجلا مرارا، أو زنى، أو شرب مرارا، أو قذف جماعة بقول واحد: لم يكن عليه إلا حد واحد، وأيهم أخذه به لم يكن للباقين مطالبته».

[فرع: زنى وشرِب وسرَق: أُقيم حدُّ الكُلِّ]

(ولو زنى، وشرِب، وسرَق: أُقيمَ الكُلُّ)، أي: الحد للكُلِّ إن كان الزاني غيرَ مُحصَن، فيُبدَأ بحدِّ الزنا أو السرقة، وآخِرُها حدُّ الشُّرب.

وأما إذا كان مُحصَنًا، فيُرجَم ويسقُط غيرُه، على ما ذكره المصنف في «البحر»، حيث قال: «إذا اجتمعت عليه الحدودُ المختلفة كيف يُفعَل؟ قال في «المحيط»: إذا اجتمع عليه حدَّان، وقُدِر على دَرْء أحدِهما: دُرِئَ. وإن كانت من أجناسٍ مختلفةٍ، بأن اجتمع حدُّ الزنا، والسَّرِقة، والشُّرب، والقَذْفِ، والفَقْءِ[1]: بُدِئَ بالفَقْء، فإذا برِئ حُدَّ للقذف، فإن برِئ: إن شاء بدأ بالقطع، وإن شاء بدأ بحدِّ الزنا، وحدُّ الشُّرب آخِرُها؛ لثُبوته بالاجتهاد من الصحابة. فإن كان مُحصَنًا بُدِئ بالفَقْء، ثم بحدِّ القذف، ثم بالرَّجْم، ويُلغَى غيرُها»[2]، انتهى.

[فرع: وطِئ في نهار رمضانَ مرارًا]

(ولو وطِئ في نهار رمضانَ مرارًا)، فلو كان الوطءُ في يوم واحد: (لم يلزم بالثاني وما بعده شيءٌ) من القضاء والكفَّارة، (ولو) كان الوطء (في يومَين، فإن كانا)، أي: اليومان، (من رمضانَين: تعدَّدتْ) الكفَّارةُ والقضاء أيضًا في ظاهر الرواية، وعن محمد: عليه كفَّارةٌ واحدةٌ، (وإلا)، أي: وإن لم يكن من رمضانَين، (فإن كفَّر للأوَّل) من الوَطَآت، بأن أعتَق رقبةً للوطء الأوَّل قبل الوطء الثاني: (تعدَّدَتْ) الكفَّارة أيضًا، (وإلا)، أي: وإن لم يُكفِّر للوطء الأوَّل قبل الوطء الثاني: (اتحدَّت) الكفارة.

---

(١) في هامش (خ): (قوله: والفقء، أي: لو فقأ عين رجل، كما في «النهر». قال الرملي: والذي يظهر أن المراد به ذهاب البصر، تأمل، «حاشية البحر»).

(٢) «البحر الرائق»، كتاب الطلاق، باب التعليق في الطلاق (٤/ ٢٣).

[فرع: قتل المُحرِمُ صيدًا في الحرَم]

(ولو قتل المُحرِم صَيدًا في الحرَم): ففي القياس يلزمه جزاءَان؛ لوجود الجناية في الإحرام والحرَم، وأما في الاستحسان، (فعليه جزاءٌ واحد للإحرام)، مع أن الجناية مُتعدِّدة، جناية الحرم وجناية الإحرام، (لكونه)، أي: حرمة الإحرام، (أقوى) من حُرمة الحرم؛ لأن الإحرام يُحرِّم القتلَ في الأماكن كلِّها، والحرمُ لا، فيجب اعتبارُ الأقوى، وتُضاف الحرمةُ إليه عند تعذُّر الجمع بينهما، كما في «الزيلعي»(١).

[فرع: لِبس المُحرِمُ ثوبًا مَخيطًا مُطيّبًا، أو خضَب رأسَه بحِنَّاء]

(ولو لبِس المُحرم ثوبًا) مَخيطًا (مُطيّبًا: فعليه فِديتان) للُبْس المَخيط وللتطيُّب، ولم يُعتبَر دخولُ أحدهما في الأُخرى؛ (لاختلاف الجنس)، فإن كُلًّا من اللُّبْس والطِّيب ليس من جنس الآخر.

(ولذا)، أي: ولِلُزوم فديتَين عند هذا الاختلاف، (قال الزيلعيُّ في) شرح (قول «الكنز»: أو خضَب رأسَه بحِنَّاء)، هذا ما في «الكنز»، والذي قاله الزيلعي: (هذا)، أي: لزوم، (دمٍ) واحد (إذا كان الحِنَّاءُ مائعًا، وأما إذا كان ملبَّدا)، أي: كثيفًا، (فعليه دمانِ: دمٌ للطِّيب، ودمٌ لتغطية الرأس، انتهى) ما في «الزيلعي»(٢).

[فرع: يتعدَّد الجزاءُ على القارن فيما على غير القارن به دمٌ]

(ويتعدَّد الجزاءُ على القارن)، أي: الجامع بين الحجِّ والعمرة بالنيَّة من الميقات، (فيما)، أي: في شيء من المحظورات، كما قيَّده به في «التنوير»(٣)، لا في

---

(١) «تبيين الحقائق»، كتاب الحج، باب الجنايات، فصل: الصيد في الحرم (٢/ ٦٩).

(٢) «تبيين الحقائق»، كتاب الصوم، باب الاعتكاف، اعتكاف المرأة (١/ ٣٩٤).

(٣) القيد هذا من كلام صاحب «الدر»، لا «التنوير». انظر: «الدر المختار»، كتاب الحج، باب الجنايات =

الواجبات، (على غير القارن به دمٌ؛ لكونه)، أي: القارن، (محرمًا بإحرامَين عندنا)؛ لعدم إمكان اعتبار التداخُل لتساويهما، خلافًا للشافعي، فإنه محرمٌ عنده بإحرام واحد، بناءً على التداخُل، فيجب عنده دمٌ واحد.

(وقولهم)، أي: صاحب «الكنز» و«الملتقى» وغيرهما: «كل ما يلزم على المفرد فيه دم فعلى القارن دمان، (إلا أن يَتجاوَز الميقاتَ غيرَ مُحرِم)»[1]، استثناء من لزوم دمَين على القارن بما يلزم به دمٌ على المُفرِد، (استثناءٌ منقطعٌ؛ لأنه حالةَ المجاوزة لم يكُن قارنًا)، وكونُ هذا الاستثناء متصلا لا يقتضي كونَه قارنًا حالةَ المُجاوزة، بل يكفي كونُه قارنًا وقتَ لزوم الدم، فإن المعنى: كل ما يلزم به دمٌ على المُفرد يلزم به على القارن دمان في جميع الأوقات، إلا وقت مجاوزة الميقات غيرَ مُحرم، ثم أحرَم بهما، فإنه حينئذ يلزم عليه دمٌ، كما على المفرد.

ثم هذا الحكم عندنا، وعند زفر: يلزم عليه دمان؛ لأنه أخَّر الإحرامَين عن الميقات، فيلزمه لكلِّ واحدٍ منهما؛ اعتبارًا بسائر المحظورات.

ولنا: أن الواجب عليه إحرامٌ واحد لتعظيم البقعة، ولهذا لو أحرم بالعمرة من الميقات، وأحرم بالحج داخلَ الميقات: لا يجب عليه شيءٌ، وهو قارنٌ، فبتَرْك واجبٍ[2] عليه دمٌ.

واعتُرض على هذا الاستثناء بوجوه:

---

* (ص ١٧٠).

(١) انظر: «كنز الدقائق»، كتاب الحج، باب الجنايات (ص ٢٤٢)، «ملتقى الأبحر» مع «مجمع الأنهر»، كتاب الحج، باب الجنايات (١/ ٤٤٦).

(٢) كذا في (خ). وفي (ع): (واحد).

الأول: أن صدر الكلام في المُحرم المُفرِد المُجاوِز بغير إحرام، وهو عند مُجاوزة الميقات ليس بمُحرم، فلم يدخُل في صدر الكلام، فكيف يُستثنى منه؟ وإلى جوابه أشار المُصنِّف بقوله: «الاستثناء منقطع»، إلا أنه غيَّر عبارتَهم وجعل صدرَ الكلام «القارن»، ويدل قولهم: «ليس بمُحرم»، «لم يكُن بقارنٍ».

الثاني: أنه لو جاوَز الميقاتَ غيرَ محرم، فأحرم بحجٍّ، ثم دخل الحرمَ فأحرم بعمرة: يلزمه دمان، على ما في «النهاية»، مع أنه جاوَز الميقاتَ غيرَ مُحرم. وأُجيب عنه: بأنا لا نُسلِّم بأن الدمَين للمُجاوَزة خاصَّة، بل أحدهما للمجاوزة، والثاني لترك مقام العمرة؛ لأنه لما دخل مكة بإحرام الحجِّ التحق بأهلها: فميقاتُه الحِلُّ للعمرة كما لأهلِها، وقد أحرم لها من الحرم، فتَرَك ميقاتَ العمرة، فلزمه لذلك دمٌ آخَرُ، على ما في «النهاية».

الثالث: أن القارن إذا أفاض قبل الإمام من عرفات يجب عليه دمٌ واحد، وكذا لو طاف للزيارة مُحدِثًا أو جُنُبًا، وقد رجع إلى أهله: يجب عليه دمٌ، وكذا إذا وقف بعرفة، ثم قتل صيدًا، أو قطَع شجرَ الحرم: فعليه قيمةٌ واحدة، على ما في «الأجناس»[1]، وكذا إذا حلق قبل أن يذبح يجب عليه دمٌ، فكان القارن كالمفرد في لزوم دمٍ واحد، فانتقض الاستثناءُ به. وأجيب: بأن الدم في الإفاضة قبل الإمام ليس للجناية على الإحرام، بل لتركه واجبًا من واجبات الحج، ولا كلام فيه، وكذا في الطواف جُنُبًا؛ لأنه غيرُ مُحرم، والصحيح في مسألة الصيد بعد الوقوف وجوبُ الدمَين، وما في «الأجناس» ليس بصحيح، ومسألة الحلق قبل الذبح أن الدم فيه غيرُ واجب على المفرد، ووجوب التعدُّد على القارن فيما يلزم المفردَ، ومسألة قطع

(١) انظر: «الأجناس» للناطفي، كتاب المناسك، جنس: القارن من قد أتى بإحرام الحج وإحرام العمرة (١/ ١٧١ - ١٧٢).

الشجر لا تعلُّقَ له بالإحرام، بل من جنايات المَحلِّ؛ لأنه من الغرامات.

الرابع: أن شيخ الإسلام ذكر أن وجوب الدمَين على القارن مُختصٌّ بما كان قبل الوقوف بعرفة من الجناية، وأما بعد الوقوف بها، ففي غير الجماع من المحظورات يجب دمٌ واحدٌ كالمفرد؛ لأن إحرام العمرة لم يَبْقَ إلا في حقِّ التحلُّل، لا غير. وأجيب: بأن هذا مبنيٌّ على القول بانتهاء إحرام العمرة بالوقوف بعرفة، والصحيح أنه لم يَنتَهِ به، بل يبقى إلى الحلق، فلزم بالجناية بعد الوقوف دمان، سواء كان جماعًا أو قتلَ صيدٍ أو غيرَه.

[فرع: تكرُّر الوطءُ بشُبهة واحدةٍ]

(ولو تكرَّر الوطءُ بشُبهة واحدةٍ، فإن كانت شبهةَ ملكٍ: لم يجب عليه إلا مهرٌ واحد)، إلا في الجارية المُشتَركة، كما سيأتي؛ **(لأن الوطء الثاني صادَف ملكَه)**.

قيل عليه[1]: إن أراد حقيقةَ الملك فمسلَّم، كيف؟ وإن حقيقة الوطء في جميع الوطئات لابنه ومُكاتَبه، وإن أراد شُبهة الملك: فهي ثابتةٌ في جميع الوطئات. نعم؛ لو استولدها: تصير الجاريةُ ملكًا له من وقت العُلوق بطريق الاستناد بضمان قيمتها، فحينئذ يكون الوطءُ الثاني مُصادِفًا لملكه، وكذا لو استولد جاريةَ مُكاتَبه: يضمن قيمتَها وعُقْرها، وكلامُنا ليس في الاستيلاد.

والحاصل أنه لو وطِئ جاريةَ ابنِه ولو مرارًا، فإنْ استولَدها: تكون أمَّ ولدٍ له، ويَملكها من وقت العُلوق، ويضمَن القيمةَ، لا العُقرَ، صدَّق الولدُ أو لا، وإن لم يستولِدْها: يلزم المهرُ، لا القيمةُ. ولو وطئ جاريةَ مكاتِبه ولو مرارًا، فإن استولدها: يثبُت نسبُ الولد منه إن صدَّق المُكاتبُ، ويلزمه القيمةُ والعُقر، ومع هذا لا تصير أمَّ ولدٍ له، وإن لم يستولِدْها: يلزم العُقر، لا القيمة.

---

(١) في هامش (خ): (قوله: قيل عليه... إلخ، عبارة مختلة، كما هو ظاهر).

(وإن كانت) تلك الشبهةُ (شبهةَ اشتباهٍ: وجب لكلّ وطءٍ مهرٌ؛ لأن كلَّ وطءٍ صادَف ملكَ الغير). قال في «الخانية»: «رجلٌ وطئ جاريةَ ابنه مرارًا: كان عليه مهرٌ واحد؛ لأن الكلّ كان شبهةً واحدةً، وهي شبهةُ حقّ التملُّك. ولو وطئ جاريةَ أبيه مرارًا، وادّعى الشبهةَ: تكرَّر المهر، بخلاف الأب، فإن الأب لا يحتاج إلى دعوى الشبهة»[1]، انتهى.

وخلاصةُ هذا أن في شبهة الملك لا يحتاج إلى دعوى الشبهة، فيكون سببُ المهر شبهةً واحدة، وهي شبهةُ التملُّك، فيلزم مهرٌ واحدٌ لكون سببِه واحدًا. وأما في شبهة الاشتباه، فلا بد من دعوى الشبهة في كلّ وطءٍ، فيَتكرَّر سببُ المهر أيضًا. وكأنَّ مرادَ المصنِّف بما ذكره هذا؛ فإنَّ قوله: «صادَف ملكَه»، أي: بناء على شبهته، فلا يحتاج إلى دعوى الشبهة المُوجِبة لتعدُّد المهر، وقولُه: «صادَف ملكَ الغير»، أي: بحسب علمه، كما في نفس الأمر، فلا بد من دعوى الشبهة في كل وطءٍ حتى يَتخلَّص عن الحد، فإذا تكرَّرت الدعوى بتكرُّر الوطء تكرَّر المهرُ المُسبَّب عن الدعوى، تأمل.

(فالأوّل)، أي: شبهة الملك التي لم يجب فيها إلا مهرٌ واحدٌ، (كوَطْء جاريةِ ابنِه، أو) وطء جارية (مُكاتَبه، أو) وطء (المنكوحة نكاحًا فاسدًا)، كتزوُّج الأخت في عِدَّة الأخت، أو الخامسة في عِدَّة الرابعة، أو الأَمَة على الحُرَّة، أو نكاح مَحارِمه، أو سيِّدته، أو أَمَتِه، أو زوجة الغير على زَعْم أن لا زَوْجَ لها، أو بغير شهود، أو تزوُّج وَثَنِيَّةٍ أو مَجُوسيَّةٍ، فإنه يجب في كل منها بتعدُّد الوطء مهرٌ واحد، ولا بد من التفريق والعِدَّة.

(و)من (الثاني)، أي: شبهة الاشتباه، المُوجِبة لتعدُّد المهر بتعدُّد الوطء، (وطءُ

---

(١) «فتاوى قاضي خان»، كتاب النكاح، فصل في تكرار المهر (١/ ٣٩٤_٣٩٥).

أحدِ الشريكَين الجاريةَ المشتَركة) بينه وبين آخر، فإنه يجب لكلِّ وطءٍ نصفُ مهرٍ إن لم يَدَّعِ ولدَها، وإن ادَّعاه يجب نصفُ قيمتها ونصفُ عُقرها، وتصير أمَّ ولدٍ له؛ قال هشام: لأنه حين وطِئها كان يعلم أن نصفَها ليس له، كما في «الخانية»[١]، لكن في كونها من شبهة الاشتباه فيه نظرٌ، بل هو من شبهة الملك، كما أشار إليه المصنف سابقًا.

ومنه عُلم أن عدم التكرار في القسم الأول ليس على كُلِّيته، كما أشرنا إليه[٢].

(ولو وطئ مُكاتَبَةً مُشتَركةً مرارًا: اتَّحد المهرُ في نصفه)، أي: النصف الذي كان للواطئ، (لها)، أي: المُكاتَبة، (وتعدَّد) المهرُ (في نصيب شريكه)، أي: عليه نصفُ مهر المثل لنصيبه، وعليه نصفُ مهر المثل لشريكه لكلِّ وطءٍ، حتى لو وطئها ثلاثَ مرَّاتٍ عليه نصفُ مهر المثل لنصيبه وثلاثةُ أنصافِ مهر المثل لنصيب شريكه، فالمجموع أربعةُ أنصاف، (والكلُّ)، أي: كل المهر المجتمع من هذه الأنصاف، يكون (لها)؛ لكونها مُكاتَبة، بخلاف غير المكاتبة، فإن نصف المهر للشريك الغير الواطِئ، لا لها.

(ولا يَتعدَّد) المهر (في الجارية المُستحَقَّة)؛ لأن الوطئات كانت على سبب واحد، وهو الملكُ ظاهرًا، كما لو وطئ منكوحته مرارًا، ثم بانَ أنه حلَف بطلاقها: يلزمه مهرٌ واحد، فكذا هنا.

(كذا في «الظهيرية»).

---

(١) «فتاوى قاضي خان»، كتاب النكاح، فصل في تكرار المهر (١/ ٣٩٤).

(٢) في هامش (خ): (قوله: أشرنا إليه، أي: بالاستثناء بقوله: إلا في الجارية المشتركة، كما سيأتي، انتهى).

[فرع: زنى بأمة، فقتَلها: لزمه الحدُّ والقيمة]

(ومَن زنَى بأمَة فقتَلها) بفعل الزنا: (لزمه الحدُّ) لزناه، (والقيمةُ) للقتل، وإنما لزماه ولم يَتداخلا (لاختلافِهما) في الجنس؛ لأنهما حقَّان مختلفان، وجَبَا بسببَين مُختلفَين: أحدُهما بالزنا، والآخَرُ بإتلاف النفس.

وقال أبو يوسف: لا يُحَدُّ؛ لأنه يلزمه القيمةُ، وتقرَّر ضمانُ القيمة سببًا للملك، فيسقُط الحدُّ بشبهة الملك، فصار كما إذا اشتراها بعد ما زنى بها: فلا حدَّ عليه.

ولهما: أنه ضمانُ فعل، فلا يوجب الملك، فلم يكن فيه شبهةُ الملك، فلا يسقُط الحدُّ، ولو سُلِّم أنه يوجب الملك فإنما يوجبه في العين القائمة، لا في مَنافع البُضع؛ لأنها استُوفِيَت وتلاشَتْ، فلم تكن قابلةً للملك حين الضمان، ولا تستند؛ لأن الاستناد لا يظهر في المعدوم، والمنافع المُستَوفاةُ معدومةٌ، بخلاف ما لو اشتراها أو نكَحها بعد ما زنى بها، فإنه يجب الحدُّ عندهما، فلا يصلُح مَقِيسًا عليه.

[فرع: زنى بحُرَّة فقتَلها: وجب الحدُّ مع الدِّيَة]

(ولو زنى بحُرَّةٍ فقتَلها) بالزنا: (وجب الحدُّ مع الدِّيَة) للزنا والقتل اتفاقًا لاختلافهما أيضًا؛ لأن الحُرَّة لا تُملَك بالضمان.

وهل الدِّية على عاقلة الزاني أو عليه؟ قال في «الفتح»: «على الزاني»[1]، وفي «العناية»: «على عاقلته»[2].

---

(١) انظر: «فتح القدير»، كتاب الحدود، باب الوطء الذي يوجب الحد (٥/ ٢٧٥).

(٢) «العناية»، كتاب الحدود، باب الوطء الذي يوجب الحد (٥/ ٢٧٥).

[فرع: زنى بكبيرة أو صغيرةٍ فأفضاها]

(ولو زنى بكبيرةٍ فأفضَاها)، أي: أزال الحائلَ بين السبيلَين، (فإن كانت) الكبيرةُ (مُطاوِعةً من غيرِ دعوى شُبهة) من أحدهما: (فعليهما الحدُّ)؛ للزنا، (ولا شيءَ في الإفضاء؛ لرضاها به)، أي: الزنا الذي هو سبب الإفضاء، فتكون راضيةً به، (ولا مهرَ لها لوُجوب الحدِّ)، وهو والمهر لا يجتمعان.

(وإن كان مع دعوى شبهة: فلا حدَّ) عليهما، (ولا شيء في الإفضاء) أيضًا؛ لرضاها به، (ويجب العُقْر)؛ لأن الحدَّ والمهر كما لا يجتمعان لا يرتفعان.

(وإن كانت) الكبيرةُ المُفضَاةُ (مُكرَهةً من غير دعوى شبهةٍ: فعليه)، أي: الرجل، (الحدُّ)؛ لزناه بلا دعوى شبهة، (دونها)؛ لكونها مُكرَهةً، (ولا مهرَ لها)؛ لوجوب الحدِّ عليه، ثم يُنظَر في الإفضاء، (فإن لم يَستمسِكْ بَولُها: فعليه الدِّيةُ)، أي: دية المرأة الكاملة؛ لأنه فوَّت جنسَ المنفعة على الكمال، (وإلا)، أي: وإن لم تكن كذلك، بل استمسك بولُها: (حُدَّ) الرجلُ دونها، ولا حاجة إلى ذكر الحدِّ هنا لأنه عُلِم مما سبق، (وضمِن) الرجلُ (ثُلُثَ الدِّية)؛ لأنها جائفةٌ، وفيها ثُلُث الدِّية بالحديث.

(وإن كان) الإكراهُ أو الوطءُ به (مع دعوى شبهة: فلا حدَّ عليهما)؛ أما الرجل فللشبهة، وأما المرأةُ فللإكراه وللشبهة، (و)في صورة دعوى الشبهة (إن كانت تَستمسِك البولَ: فعليه)، أي: الرجل، (ثُلُثُ الدِّية، ويجب المهرُ) أيضًا (في ظاهر الرواية، وإن لم يستمسك البولُ: فعليه الدية كاملةً) لما ذكرنا، (ولا يجب المهرُ عندهما)؛ لأن الدية ضمانُ كلِّ عضو، والمهرُ ضمانُ جُزْء منه، وضمان الجزء يدخُل في ضمان الكلِّ إذا كان في عضو واحد، كما إذا قُطع إصبعُ إنسانٍ، ثم قُطِع كفُّه قبل البُرْء: يدخُل أرشُ الإصبع في أرش الكف، (خلافًا لمحمد)؛ لأن الوطء في دار الإسلام يوجب المهرَ إذا انتفى الحدُّ.

(وإن كانت) المُفضاةُ (صغيرةً يُجامَع مثلُها: فهي كالكبيرة) في الأحكام المذكورة، (إلا في حقِّ سُقوط الأرش) للإفضاء، فإن مُطاوَعتَها غيرُ معتبَرة، ولهذا لم يُفصَّل فيها بين كونها مُطاوِعة أو مُكرَهة.

(وإن كانت) صغيرةً (لا يُجامَع مثلُها، فإن كان) الإفضاءُ بحيث (يَستمسِك بولُها: فعليه ثُلُث الدِّية)؛ لأنه جائفةٌ كما تقدم، (وكمالُ المهر، ولا حدَّ عليه)؛ لتمكُّن القُصور في معنى الزنا، وهو الإيلاجُ في قُبُل مُشتَهاة، (وإلا)، أي: وإن لم يستمسك البولُ، (فالدية الكاملة فقط)، لا الحدُّ ولا المهرُ عندنا لما ذكرنا، خلافًا لمحمد، فإن عنده يضمن المهرَ لما ذكرنا.

(كذا في «شرح الزيلعي» من) كتاب (الحدود)[1].

[مطلب: في التداخُل في الجنايات إذا تعدَّدت]

(وأما الجناية إذا تعدَّدت بقطع عُضو ثم قَتلِه)، مصدرٌ مُضافٌ إلى المفعول، أي: الضمير الراجع إلى المقطوع المفهوم من المصدر قبله، (فإنها لا تداخُلَ فيها)، أي: الجناية المتعدِّدة، بل يتوفَّر لكلٍّ حكمُه في جميع الصُّوَر، (إلا إذا كانا خطأَين) على شخص واحد، (ولم يَتخلَّلْ بُرْءٌ بينهما)، فإنه يجب ديةُ النفس فقط اتفاقًا.

(وصُوَرُها)، أي: الجناية المتعدِّدة، (سِتَّ عشرة) صورةً حاصلةً من ضَرْب اثنَين في ثمانية؛ (لأنه إذا قطَع ثم قتَل، فإما أن يكونا)، أي: القطع والقتل، (عَمْدَين، أو خطأين، أو أحدُهما عمدًا والآخَرُ خطأً)، يعني: على هذا التقدير إما أن يكون القطعُ عمدًا والآخَرُ خطأً، أو بالعكس، فصارت أربعًا، (وكلٌّ من الأربعة إما أن

---

(١) انظر: «تبيين الحقائق»، كتاب الحدود، باب الوطء الذي يوجب الحد (٣/ ١٨٦ ـ ١٨٧).

يكون جنايةً على واحدٍ أو اثنين)، فصارت ثمانيةً، (وكلٌّ من الثمانية إما أن يكون الأمرُ الثاني فيها قبل البُرْء من الأوَّل أو بعده)، فصارت ستَّ عشرة صورةً، (وقد أوضحناه)، أي: المذكور، (في «شرح المنار» من بحث الأداء والقضاء[١]).

ففي الصُّوَر الثمانية التي هي على تقدير كون الجناية على اثنين: لا تداخُلَ فيها قطعًا، فلكلٍّ من مقطوع اليدِ ووليِّ الجناية أن يُؤاخِذَه بمُوجَب جنايته في حقِّه.

وأما الثمانية التي هي على تقدير كون الجناية على واحد، ففي صورةٍ كونهما خطأين، ولم يتخلَّل بينهما بُرْءٌ: يدخُل القطعُ في القتل اتفاقًا، وفي صورة كونهما عَمْدَين، وثانيهما قبل البُرْء من الأوَّل، فعند أبي حنيفة: لا يَتداخَلان، فللوليِّ القطعُ ثم القتلُ، وعندهما: ليس له إلا القتلُ، وفيما سواهما من الصُّوَر الستِّ الباقية لا تداخُلَ قطعًا، فللوليِّ أن يُؤاخذه بموجب كلٍّ من الجنايتَين.

[فرع: المُعتدَّة إذا وُطِئت بشُبهة وجَبت عِدَّةٌ أُخرى وتداخَلتا]

(والمرأةُ المُعتدَّة) عِدَّةَ وفاةٍ أو غيرِه (إذا وُطِئت) في العِدَّة (بشُبهة)، «كالمُعتدَّة التي زُفَّت لغير زوجِها، والمُعتدَّة الثلاثِ إذا وطِئها زوجُها في العِدَّة بنكاح وقبلَ زوجٍ آخرَ، أو في عِدَّته إذا قال: ظَنَنْتُ أنها تحِلُّ لي، أو التي طلَّقها بائنًا، ثم وطِئَها في العِدَّة بشُبهة، أو كانت في عِدَّة، فوطِئها آخرُ بشُبهة، ثم طلَّقها الزوج، ففي هذه الصور تجب عِدَّتان[٢]»، «فتح»[٣].

---

(١) انظر: «فتح الغفار»، حكم الأمر نوعان، الكلام على القضاء (١/ ٥٢).

(٢) ويتداخلان.

(٣) «فتح القدير»، كتاب الطلاق، باب العدة (٤/ ٣٢٦).

واعتُرِض عليه بأن الشبهة في المُطلَّقة الثلاث شبهةُ فعل، وشبهةُ الفعل لا يثبُت النسبُ بالوطء بها، ؛ لأنه زنا محضٌ، وإنْ قال: ظنَنتُ أنها تحِلُّ لي، وإذا لم يثبُت النسبُ لا تجب به العِدَّةُ، كما في «الغاية».

وأُجيب بأنا لا نُسلِّم أن النسب لا يثبُت في الشبهة بالفعل مطلقًا، بل يثبُت في بعض المواضع منها، وهو المُطلَّقة ثلاثًا أو بمالٍ أو المُختلعة.

(وجَبت) عِدَّةٌ (أُخرى)، اتَّحدت العِدَّتان أو اختلفتا، (وتَداخَلتَا)، أي: العِدَّتان. ثم بيَّن التداخُلَ بقوله:

(والمَرئِيُّ)، أي: الذي رأَتْه من الحيض، يُحتسَب (منهما)، وتُتِمُّ المرأةُ الثانيةَ إن تمَّت الأُولى قبل تمامها، (سواء كان الواطِئ) بشُبهة (صاحبَ العِدَّة الأُولى أو غيرَه).

وفي «الفتح»: «معنى التداخُل: جعلُ المَرئِيِّ منهما، حتى لو كانت وُطئت بعد حيضة من العِدَّة الأُولى: فعليها حيضتان تمامهما، ويُحسَب بهما من عدَّة الثاني، وللآخَر أن يَخطُبها إذا انقطعت عدَّتُها من الأوَّل؛ لأنها في عدَّته، ولا يخطُبُها غيرُه، فإن كان الأوَّل: طلَّقها رَجْعِيًّا فله أن يُراجِعَها إذا شاء، ثم لا يقرَبُها حتى تنقضِيَ عدَّتُها من الآخر، وإن طلَّقها بائنًا: فليس له أن يخطُبها بعد وجوب العدَّة من الثاني حتى تنقضِي عدَّتُها منه، وكذا إذا كانت العدَّتان بالشُّهور.

وإنما تدَاخَلتا (لحُصول المقصود) منهما، وهو براءة الرَّحِم بالعدَّة الواحدة.

(وقد علِمت)، يعني: مما ذكرنا إلى هنا، (ما احترَزنا عنه بقولنا) في القاعدة: (من جنسٍ واحدٍ)، من أنه احترازٌ عما اختَلف في الجنس، كتحيَّة المسجد وتحيَّة

البيت[1]، (و)ما احترز عنه (بقولنا: ولم يختلِف مقصودُهما)، أنه احترازٌ عما اختَلف مقصودُهما، كطواف الوَداع مع طواف الإفاضة، (وبقولنا: غالبًا)، من أنه احترازٌ عن مثل ما يلزم المُحرمَ من قَلْم الأيدي والأرجُل في مجالسَ عندهما، وكذا عن لزوم الكفَّارة لكلِّ إفطارٍ، إلا إذا كانا من رمضانَين؛ لاتِّحاد الجنس والمقصودِ في كلٍّ منهما، إلى غير ذلك، والله سبحانه أعلم.

***

(١) أي: الكعبة المشرَّفة.

[القاعدة التاسعة: إعمالُ الكلام أولى من إهماله متى أمكَن]

(**القاعدة التاسعة**) من النوع الثاني للقواعد: (**إعمالُ الكلام**)، أي: كلام العاقلِ لِدينه وعقلِه، فإنهما يَمنعانِه عن التكلُّم بالعَبَث، (**أَولى من إهماله**) وإلغائه (**متى أمكَن**) إعماله، (**فإن لم يُمكِن**) الإعمالُ (**أُهمِلَ**) الكلامُ بالضرورة.

وأما الإدراج في الكلام لتصحيح التصرُّف، فلا يجوز، وإلا لا يبقى تصرُّفٌ فاسدٌ؛ ألا ترى أنه لو قال: والله أفعَلُ كذا اليومَ، أو أصوم غدًا، لا يكون يمينًا على الإثبات، ولا يمكن تصحيحُه بإلحاق النون، كذا في «البيري»[1].

فإن قالوا: إن «لا» فيه مُقدَّرة، فقد أدرَجوها، قلنا: هذا الإدراجُ على مقتضى اللُّغة، بخلاف إدراج النون، تأمَّل.

[فرع: الحقيقة إذا كانت مُتعذِّرةً يُصار إلى المجاز]

(**ولذا**)، أي: لأن الإعمال أولى متى أمكن، (**اتفق أصحابُنا في الأصول على أن الحقيقة إذا كانت مُتعذِّرةً**)، بأن لا يمكن الوصول إلى العمل بها إلا بمَشقَّة، أو مهجورةً يمكن الوصولُ إليها لكن ترَكه الناسُ: (**فإنه يُصار**) فيهما (**إلى المَجاز**).

فالأوَّل ما أشار إليه بقوله: (**فلو حلَف: لا يأكُل من هذه النخلة**)، والثاني ما أشار إليه بقوله: (**أو**) حلَف: لا يأكُل (**من هذا الدَّقيق**)، فالحقيقةُ في الأوَّل أكلُ عَين النخلة، وهو متعذِّرٌ لا يمكن الوصولُ إليه إلا بمَشقَّة، فالمراد أكلُ ثمَرِها تجوُّزًا من إطلاق اسم السبب على المُسبَّب، وإن لم يكن لها ثمرٌ فعلى ثمنها.

---

(١) عبارة البيري في «عمدة ذوي البصائر» (١/ ٣٤١): «أما الإدراج في الكلام لتصحيح التصرف، لا يجوز؛ لأنا لو فتحنا هذا الباب: لا يبقى تصرف ما في عالم الله تعالى فاسدا؛ لأن ما من تصرف إلا يصح بإدراج شيء فيه؛ ألا ترى أنه لو قال: والله أفعل كذا اليوم، أو أصوم غدا، لا يكون يمينا، حتى يلزمه الكفارة إن لم يفعل، وإن أمكن تصحيحه بإلحاق النون، كذا في «شرح الجامع الكبير» للحصيري».

وفي «التحرير»: «فلِمَا تُخرِج مأكولا[١] بلا كثيرِ صُنْع، ومنه الجمار، يعني: شَحْم النخل، والعصيرُ، والخَلُّ، لا ناطفُها، وهو ما يسيل من الرُّطب، والنبيذُ[٢]»[٣].

وفي «الكردري»: حلف: لا يأكُل من هذه الشجرة، فيمينُه تقع على عينها إن كانت مما تُؤكَل، كقصَب السُّكَّر، والرِّيباس[٤]، وإن لم تكن عينُها مأكولةً فعلى ثمَرها إن كان لها ثمرٌ، كالنخلة والكرم، وإلا فعلى ثمنها، كالخِلَاف[٥]»، انتهى.

فإن قلت: المحلوفُ عليه عدمُ الأكل، وهو غيرُ مُتعذِّر، أجيب: بأن اليمين إذا كانت في النفي فهي للمنع، فيوجب أن يصير ممنوعًا باليمين، وما لا يكون مأكولا لا يصير ممنوعًا باليمين.

والحقيقة في الثاني أكلُ عينِ الدقيق، وهي مهجورةٌ، فالمراد أكلُ ما يُتَّخذ منه، كالعَصِيدة ونحوها.

ومن ثمَّة، (حنث في الأوَّل بأكلِ ما يخرُج منها)، أي: النخلة، كالثمَر وغيره مما لا يوجد فيه صُنْعُ العبد، كالدِّبْس الغير المطبوخ والنبيذ؛ لأنه المُتبادَرُ عُرفًا، كما يُفهم من قوله تعالى: ﴿لِيَأْكُلُوا مِن ثَمَرِهِ وَمَا عَمِلَتْهُ أَيْدِيهِمْ﴾ [يس: ٣٥]، (و)يحنث

---

(١) أي: كحلفه لا يأكل من الشجرة التي لا تؤكل عادة، فحلفه لما تخرج الشجرة من الثمر حال كونه مأكولا.

(٢) أي: ولا نبيذها.

(٣) انظر: «التحرير» مع «التيسير»، الفصل الخامس في المفرد باعتبار استعماله، مسألة: يلزم المجاز لتعذر المعنى الحقيقي (٢/ ٥٥).

(٤) الرياس: نبات معمر ينبت في البلاد الباردة والجبال ذوات الثلوج تؤكل ضلوعه وتربب ويعصر منه شراب الرياس. «المعجم الوسيط» (ص ٣٨٥).

(٥) الخلاف: شجر الصَّفصاف. انظر: «المصباح المنير»، كتاب الخاء، الخاء مع اللام، (خ ل ف)، (ص ١٧٨).

أيضًا (بأكل ثمنِها إن باع أو اشترى به مأكولا)، يعني: يحنث بما اشتراه بثمنها من المأكول، ولو قال هذا لكان أظهرَ.

وظاهرُ كلامه أنه يحنث بذلك وإن كان لها ثمرةٌ، وليس كذلك، بل إنما هو فيما إذا لم يكن لها ثمرةٌ، كما صرَّح به في الكتب الفقهية، ونقلناه عن الكردري.

وفي «التحرير»: «حلف: لا يأكُل من الشجرة، فَلِما تُخرِج مأكولا بلا كثير صُنْع، ولو لم تُخرِج مأكولا: فلثمنِها»[1].

(و)حنث (في الثاني بما يُتَّخَذ منه)، أي: بأكلِ ما يُتَّخذ منه، كالخُبز.

(ولو) تكلَّف في الأوَّل، و(أكَل عينَ النخلة)، وفي الثاني (و)أكَل عينَ (الدقيق لم يحنَث) فيهما على الصحيح، (شرعًا أو عُرفًا، كالمُتعذِّر)، فيصار فيهما إلى المجاز.

ففي التوكيل بالخصومة، يُراد به: الجوابُ مجازًا، من إطلاق اسم السبب على المُسبَّب؛ لأن حقيقتها، وهي المُنازَعة، مهجورةٌ شرعًا فيما عُرف الخصمُ فيه مُحِقًّا؛ لأنها حرامٌ لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَنَٰزَعُوا۟﴾ [الأنفال: ٤٦]، فانصرف إلى المجاز، وهو الجواب عند القاضي، لا غير، فتَعُمُّ الخصومةَ المُستعمَلة في الجواب، الإقرار كالإنكار؛ لأن الجواب كلامٌ يَستدعِي قَطْعَ كلامِ الغير، وذا كما يكون بـ«نعم» يكون بـ«لا»، والمهجورُ عرفًا كما في: «لا يأكُل الدقيقَ» يُراد به ما يُتَّخذ منه؛ لأن أكلَ عينه مهجورةٌ عُرفًا.

[فرع: إن تعذَّرت الحقيقةُ والمجاز كلاهما: أُهمِل الكلام]

(وإن تعذَّرت الحقيقةُ والمجازُ كلاهما)، أو كان اللفظ مشتركا بلا مرجح لأ...

---

(١) انظر: «التحرير» مع «التيسير»، الفصل الخامس في المفرد باعتبار استعماله، مسألة: يلزم المجاز لتعذر المعنى الحقيقي (٢/ ٥٥).

بعينه: (أُهمِل) الكلامُ؛ (لعدم الإمكان)، أي: إمكان إعماله، لا حقيقةً ولا مجازًا.

(فالأوَّل) ما تعذَّر فيه الحقيقةُ والمجازُ: (قولُه)، أي: كقوله، (لامرأته) الأكبر منه سِنًّا أو لا، (المعروفةِ) النسبِ لأبيها: (هذه بنتي، لم تحرُم بذلك) القول (أبدًا)، «أصرَّ عليه أو كذَّب نفسه، بأن قال: ما قلتُه حقٌّ، أو قال: وهِمتُ أو غلِطت، إلا أنه إذا أصرَّ عليه يُفرِّق القاضي بينهما، لا لأن الحرمة تثبُت بهذا اللفظ، بل لأنه بالإصرار صار ظالمًا بمَنْعِ حقِّها في الجماع، فيجب على القاضي رفعُه بالتفريق، كما في الجَبِّ والعُنَّة»، كذا في «الكشف»[١].

وقيَّد بالمعروفة؛ لأنها إذا كانت مجهولةً فُرِّق بينهما وثبَت النسبُ، كما في «المحيط»، لكن في «الأسرار»: «إن مجهولته[٢] كمعروفته في الحكم؛ لأن الرجوع[٣] عن الإقرار بالنسب[٤] صحيحٌ قبل تصديق المُقَرِّ له إياه، ولا يمكن العمل بموجب هذا الإقرار قبل تأكُّده بالقَبول[٥]، وإنما وضَع المسألةَ في المعروفة لأن تعذُّرَ العمل بالحقيقة فيها أظهرُ[٦].

---

(١) انظر: «كشف الأسرار»، باب أحكام الحقيقة والمجاز والصريح والكناية، قد يتعذر الحقيقة والمجاز معًا (٢/ ٩٢).

(٢) أي: مجهولة النسب.

(٣) يظهر أن الشارح ينقل عن «كشف الأسرار»، وقوله: (لأن الرجوع... إلخ) تعليل لمسألة لم يذكرها الشارح، وتمامه كما في «كشف الأسرار» (٢/ ٩٣): «إذا قال لامرأته: هذه بنتي، وهي مجهولة النسب، وتصلح بنتا له، ثم قال: غلطت، لم يفرق بينهما عندنا، وهكذا ذكر في «المبسوط»؛ وذلك لأن الرجوع عن الإقرار... إلخ».

(٤) في النسخ: (في النسب)، والمثبت من «كشف الأسرار».

(٥) لاحتمال انتقاضه بالرجوع أو بالرد.

(٦) انظر: «كشف الأسرار»، باب أحكام الحقيقة والمجاز، قد يتعذر الحقيقة والمجاز معًا إذا كان =

أما تعذُّر الحقيقة، وهو النسَبُ في الأكبَرِ منه سِنًّا، فظاهرٌ، فلا يثبُت بالنسبة إلى المُقِرِّ، ولا بالنسبة إلى جميع الناس. وأما في الأصغر منه سنًّا، فلا يثبُت أيضًا كذلك؛ لأن نسَبها ثابتٌ من جانب مَن اشتهر نسبُها [منه][1]، فلا يُؤثِّر إقرارُه في إبطال حقِّ الغير، ولأن الشرع كذَّبه لاشتهاره من الغير، فقام تكذيبُه مقامَ الرجوع؛ إذ تكذيب الشرع ليس أدنى من تكذيب نفسه، والرجوع عن الإقرار بالنسب صحيحٌ، فلم يثبُت.

وأما تعذُّر المعنى المجازي، وهو الطلاق المُحرِّم، فلأنَّ التحريم الذي ثبت بـ«هذه بنتي» يُنافِي ملكَ النكاحِ، وليس للزوج إثباتُ ذلك، وإنما إليه إثباتُ حرمةٍ هي من مَوَاجب النكاح، وهي الحرمةُ القاطِعة للحِلِّ الثابت بالنكاح، وهذه الحرمة ليست من موجباتِ هذا الكلام ولوازِمه حتى تراد باللفظ، فلم يَجُزْ أن يُستعارَ «هذه بنتي» للطلاق المُحرِّم؛ لأن التحريم الأوَّل يَنفِي النكاحَ والمَحلِّيَّةَ، والثاني يُثبِتُهما.

(والثاني)، أي: المُشتَرك بلا مُرجِّح، كما **(لو أوصى لمَوَاليه، وله مُعتِقٌ، بالكسر، ومُعتَقٌ، بالفتح)**، قال العصام: يُرَى ولا يُقرَأ؛ فإن لفظ «المولى» مُشترَكٌ بينهما، ولا قرينةَ لأحدِ معنيَيه[2]، ولا عُمومَ للمُشتَرك، ولذا **(بطَلَت الوصيَّةُ)**، إلا أن يُبيِّن المُوصِي في حياته.

فإن قيل: كيف تبطُل الوصيَّةُ مع إمكان الترجيح لأحدهما، باعتبار أن الوصية في الأوَّل مُجازَاةُ الإنعام وشُكرُه، وهو واجب، وفي الثاني زيادةُ إنعام، وهو مندوب، فيتَرجَّحُ الأوَّلُ؛ لأن الصَّرفَ إلى الواجب أولى؟

= الحكم ممتنعا (٢/ ٩٣).

(١) زيادة مقدرة لاستقامة العبارة.

(٢) كذا في (خ). وفي (ع): (بعينه).

وأجيب: بأنه لا يمكن الترجيحُ بهذا المعنى؛ لأن مقاصد الناس فيه مختلفةٌ، منهم من يقصِد الثاني تتميمًا للإنعام، فوجب التوقُّف على البيان، فإذا انقطع بيانُه بالموت: تعيَّن البُطلان، أو يقال: الترجيح بالوجوب غيرُ صالح؛ إذ الوجوب لا يدخُل تحت الحكم بعد جَبْر القاضي له على الشُّكر بالإيصاء، فكان وجودُه كعدمه، كذا في «شرح المنار».

(ولو لم يكُن له مُعتِقٌ، بالكسر)، في صورة الوصية لمَوَاليه، (وله)، أي: للمُوصِي، (مَوَالٍ أعتَقهم، ولهم)، أي: للموالي أيضًا، (مَوَالٍ أعتَقُوهم: انصرَفت الوصيةُ إلى مَوَاليه؛ لأنهم الحقيقةُ، ولا شيءَ لمَوَالي مَوَاليه، ولا يُجمَع بينهما)، أي: الحقيقة والمجاز، ولا تُترك الحقيقةُ لعدم ما يوجب تركَها؛ لأنها لا تُترك إلا بأحدِ معانٍ خمسةٍ: دلالة الاستعمال، ودلالة اللفظ في نفسه، ودلالة السِّياق، ودلالة ترجع إلى المُتكلِّم، ودلالة محلِّ الكلام، ومُجرَّدُ كونِه مجازًا لا يقتضي استعمالَه ما لم يوجد ما يُوجِب تركَ الحقيقةِ، ولم يوجد هنا.

[فرع: طلَّق إحداهما أربعًا، فقالت: الثلاثُ تكفيني، فأوقع الزيادةَ على الأُخرى]

(ومما فرَّعتُه على هذه القاعدة)، أي: على أنه إذا لم يمكن إعمالُ الكلام أُهمِل، (ما في «الخانية») من قوله: (رجلٌ له امرأتان)، ليس بقيدٍ احترازيٍّ؛ إذ الأربَعُ كذلك، (فقال لإحداهما: أنتِ طالقٌ أربعًا، فقالت) المُخاطَبة: (الثلاثُ) من الأربع (تكفيني، فقال) الزوج: (أَوقَعتُ الزيادةَ على فلانة)، يريد ضَرَّتَها: تطلُق فلانة عند البعض، وقال الطحاويُّ ومحمدُ بنُ شُجاع والرازيُّ والشافعيُّ رحمهم الله تعالى، وهو المختارُ، أنه: (لا يقع على الأُخرى شيءٌ).

(وكذا لو قال: الثلاثُ لكِ، والباقي لصاحبتكِ، لا تطلُق الأُخرى، انتهى) كلام «الخانية»[(١)].

ثم بيَّن وجهَ تفريعِه على القاعدة بقوله: (لعدم إمكانِ العمل) بما زاد، (فأُهمِل قولُه: أوقَعتُ الزيادةَ على فلانة، وقولُه: والباقي لصاحبتكِ، على المُختار.

وإنما لم يمكن العملُ (لأن الشارع حكَم ببُطلانِ ما زاد) على الثلاث، (فلا يُمكن إيقاعُه) من المُطلِّق؛ لأنه لما بطَل في حقِّ المُخاطَبة لم يمكن إيقاعُ الشخص منه الطلاقَ (على غيرها[(٢)])، كما «إذا طلَّق النائمُ زوجتَه، فلما انتبَه قال: أوقعتُ الطلاقَ الذي تلفَّظتُ به في النوم، لا يقع، وكذا لو قال: أجَزْتُ ذلك. ولو قال: أوقَعتُ ذلك، يقع؛ لأن قوله: أوقَعتُ ذلك، يجوز أن يكون إشارةً إلى الجنس، وقوله: الذي تلفَّظتُ به، إشارة إلى الشخص[(٣)] الذي حكم ببُطلانه»، كما في «البزَّازية»[(٤)].

[حكايةٌ لأستاذ الطحاوي في المسألة السابقة]

(وفيها حكايةٌ لأستاذ الطحاويِّ) أحمدَ بنِ أبي عمران، (حكاها في «يتيمة الدهر») في فتاوى أهل العصر» للترجماني من الطلاق.

وهي ما ذكر الفقيه أبو الليث في «فتاواه»، قال: سمعتُ أبا جعفر الطحاويَّ يقول: سمعتُ أحمدَ بنَ أبي عمران، قال: سألني رجلٌ أعرابيٌّ بالرَّقَّة، فقال: قلتُ

---

(١) «فتاوى قاضي خان»، كتاب الطلاق (١/ ٤٥٨).

(٢) كذا في النسخ. وفي «غمز العيون»: (أحد).

(٣) أي: الطلاق الذي أوقعه في النوم.

(٤) «الفتاوى البزازية»، بداية كتاب الطلاق (٤/ ١٧٠).

لزوجةٍ لي سألَتْني الطلاقَ: أنت طالقٌ خمسين تطليقةً، فقالت: ثلاثٌ تكفيني، فقلتُ: ثلاثٌ لكِ والباقي لصاحباتِكِ، ولي ثلاثُ نِسْوةٍ سواها، قال ابنُ أبي عمران: فجعلتُ أدفعُه عن الجواب، وقلتُ في نفسي: مسألةٌ لا يوجد لها الجوابُ في كتاب الله تعالى، ولا في السُّنَّة، ولا في الإجماع، فكيف أُحرِّم ثلاثَ نِسْوةٍ أو أُحِلُّهُنَّ، فجعلتُ أدفعُه عن الجواب ليَنصرِفَ عنِّي، فجعل يُحارِبُني فيه، فقرَّرتُ المسألةَ، ثم قلتُ: لما طلَّقتَ الأُولى خمسين تطليقةً: لم يقَعْ منهنَّ إلا ثلاثُ تطليقات، وكان الباقي غيرَ عامل، فتحوَّل عنها غيرَ عاملٍ إلا الثلاث، فكان معقولا أن لا يعمل؛ لأنه لما لم يعمل فيما أوقَعه عليها: كان أحرَى أن لا يعمل فيما لم يُوقِعْه عليها، فاستخَرتُ الله تعالى، ثم قلت: أما الأُولى فقد حرُمَتْ عليك، وأما البَوَاقي فإنَّهُنَّ نساؤُك، لم يحرُمْن عليك، فجَزَاني خيرًا وقام، فلما ذهب: أخذني المُقيمُ المُقعِد، وقلتُ: أُحلِّل له فرجَ ثلاثِ نسوةٍ بلا كتابٍ ولا سُنَّةٍ ولا إجماع، فكتَبتُ إلى محمد بن شجاع في ذلك ببغداد، وإلى عليٍّ الرازيِّ بالعسكر، ووصَفتُ لكلِّ واحدٍ منهما ما كان مني، فما كان إلا بعد أيام ورَدَ كتاباهما بتصويبي فيما كان منِّي، انتهى كلام «يتيمة الدهر».

[فرع: جمَع بين مَن يقع عليها الطلاقُ ومن لا يقع، وقال: إحداكما طالقٌ]

ثم ذكر مسألةً أُخرى مناسبةً أن تجعل من فروع القاعدة، فقال: (ولو جمَع بين مَن يقع عليها الطلاقُ، ومَن لا يقع، وقال: إحداكما طالقٌ)، ففيه تفصيلٌ، (ففي «الخانية»: ولو جمَع بين منكوحته ورجلٍ، وقال: إحداكما طالقٌ)، أو قال: هذه طالقٌ أو هذا، (لا يقع الطلاقُ على امرأته) إلا بالنيَّة، كما في «التاتارخانية»[1]، (في قول أبي حنيفة، وعن

(١) «الفتاوى التاتارخانية»، كتاب الطلاق، الفصل الرابع عشر في الشك في إيقاع الطلاق وفي عدد ما [illegible] (٤/ ٥٨٨).

أبي يوسف أنه يقع)؛ «لأن الرجل ليس بمحلٍّ للطلاق، فكان كالبهيمة.

ولأبي حنيفة: أن الرجل محلُّ إضافةِ الطلاق إليه في الجملة؛ ألا ترى أنه لو أضاف الإبانةَ إلى نفسه، بأن قال لامرأته: أنا منكِ بائنٌ، ونوى الطلاقَ: صحَّ، والإبانةُ طلاقٌ، وكذلك حكمُ الطلاق ـ وهو الحرمة ـ تثبُت في حقِّه، وإذا جاز وصفُ الرجل بالطلاق: لم يكن الضمُّ لَغْوًا من كلِّ وجهٍ»، كما في «الذخيرة»[1]، فلم يكُن كالبهيمة، فأوَرث الشكَّ.

(ولو جمَع بين امرأته و)امرأةٍ (أجنبيَّةٍ، وقال: طلَّقتُ إحداكُما، طلُقت امرأتُه) أي: من غير نية، كما في «الأصل»[2]، وكذا في الصورة الأُولى، لو قال بدلَ «إحداكما طالقٌ»: طلَّقتُ إحداكما، طلُقت امرأتُه، كما في «التاتارخانية»[3].

(ولو قال) في هذه الصورة: (إحداكما طالقٌ)، أو قال: هذه طالقٌ أو هذه، (ولم يَنْوِ شيئًا: لم تطلُقْ امرأتُه)؛ لمُزاحَمة الأجنبيَّة، على احتمال أن يكون الكلامُ إخبارًا عنها بكونها مُطلَّقة؛ قال في «الذخيرة»: «لأن الأجنبية محلٌّ لذلك خَبَرًا، وإن لم تكن محلًّا له إنشاءً، وهذه الصيغة بحقيقتها إخبارٌ، وإن كانت الأجنبيَّة محلًّا لِمَا وُضِعت هذه الصيغةُ له من طريق الحقيقة: صحَّ الضَّمُّ، فوقع الشكُّ»[4]، انتهى.

---

(١) انظر: «الذخيرة البرهانية»، كتاب الطلاق، الفصل الحادي عشر في إيقاع الشك في الطلاق أو عدده (٤/ ١٥٨).

(٢) كذا أحال إلى «الأصل» في «المحيط البرهاني»، والذي في «الأصل» للإمام محمد (١٠/ ٣١٥): «لو قال لامرأته وامرأة غيره: إحداكما طالق، لم يقع الطلاق على امرأته إلا أن يقول: إياها نويتُ».

(٣) «الفتاوى التاتارخانية»، كتاب الطلاق، الفصل الرابع عشر في الشك في إيقاع الطلاق وفي عدد ما وقع وفي إيجاب المبهم (٤/ ٥٨٨).

(٤) انظر: «الذخيرة البرهانية»، كتاب الطلاق، الفصل الحادي عشر في إيقاع الشك في الطلاق (٤/ ١٥٨).

والفرق بين هذه المسألة والتي قبلها أنه في التي قبلها أضافَ التطليقَ إلى نفسه، فلم يحتمل الكلامُ إخبارًا عن طلاق الأجنبيَّة، فلم يقع فيها الشكُّ، بخلاف هذه المسألة.

(وعن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى أنها تطلُق)، كأنَّهما نظَرَا إلى مَجازيَّة الإيقاعِ على زوجته.

(ولو جمَع بين امرأته وبين من هو ليس محلًّا للطلاق، كالبهيمة والحجَر) مثلا، (وقال: إحداكما طالقٌ)، أو قال: هذه طالقٌ أو هذا، (طلُقت امرأته في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى. وقال محمد رحمه الله: لا تطلُق)؛ لأن الواحد الأعمَّ الذي يصدُق على امرأته والبهيمة غيرُ صالح أن يقع عليه الطلاقُ، فيَلغُو كلامُه.

ولهما: أنه لما تعذَّر العملُ بالحقيقة، أعني: الواحدَ الأعمَّ، تعيَّن العدولُ إلى المجاز، وهو الواحد العين، وهو أولى من إلغاء الكلام وإبطاله، والمُعيَّن من مُحتمَلات الكلام، كما إذا قال لزوجتَيه ذلك، فإنه يُجبَر على التعيين، كما في الأصول.

وفي «الذخيرة»: «إن «أو» إذا دخلت بين الشيئَين تُوجِب الشكَّ، وصار في حقِّ المرأة كأنه قال: أنتِ طالقٌ أو غيرُ طالق، فلا تطلُق عند محمد للشكِّ. ولهما: أن الشكَّ إنما يقع بحكم «أو» إذا صحَّ ضمُّ غير المنكوحة إلى المنكوحة، والضمُّ لم يصِحَّ ههنا؛ لانعدام المَحلِّيَّة في حق المضموم، فصارت المنكوحةُ مُتعيِّنةً للإيقاع»(١)، انتهى.

(ولو جمَع بين امرأته الحيَّة والمَيتة، وقال: إحداكما طالقٌ)، أو قال: هذه طالق

---

(١) انظر: «الذخيرة البرهانية» (٤/ ١٥٧ - ١٥٨).

أو هذه، (لا تطلُق امرأته الحيَّة، انتهى) كلامُ «الخانية»[١]؛ لوجود الشكِّ في إرادتها لاحتمال أن يكون الكلام إخبارًا عن طلاق امرأته المَيتة.

وكذا «لو جمع بين أمَته الحيَّة والميتة، وقال: إحداكما حُرَّة، لا تعتق الحيَّة»، «تاتارخانية»[٢].

(ثم قال فيها)، أي: «الخانية» بعد ورَقة، (ولو جمع بين امرأتين، إحداهما صحيحةُ النكاح والأُخرى فاسدةُ النكاح، وقال: إحداكما طالقٌ، لا تطلُق صحيحةُ النكاح، كما لو جمع بين منكوحته وأجنبيَّةٍ، وقال: إحداكما طالقٌ)، لا تطلق منكوحتُه؛ لمُزاحمة احتمالِ إرادة الأجنبيَّة أو فاسدةِ النكاح، (انتهى) ما في «الخانية»[٣].

(وحاصلُه)، أي: ما ذكره في «الخانية»، (أنه إذا جمَع بين امرأته وغيرِها، وقال: إحداكما طالق، لم يقَعْ على امرأته) عند الإمام (في جميع الصُّوَر، إلا إذا جمع بينها وبين جدارٍ أو بهيمة؛ لأن الجدار لما لم يكُن أهلًا) لوقوع الطلاق عليه: (أُعمِلَ اللفظُ في امرأته) على طريق المجاز، (بخلاف ما إذا كان المضمومُ إلى امرأته آدميًّا: فإنه)، أي: الآدمي، (صالحٌ) للطلاق (في الجملة)، كما تقدَّم وجهُه.

---

(١) «فتاوى قاضي خان»، كتاب الطلاق (١/ ٤٥٥ ـ ٤٥٦).

(٢) «الفتاوى التاتارخانية»، كتاب العتاق، الفصل الرابع في العتق المبهم (٥/ ٥٠٨). وقال فيها في (٥/ ٥٠٦ ـ ٥٠٧): «وإذا جمع بين عبده وبين من لا يقع العتق عليه، كالبهيمة، وفي «التفريد»: أو الحائط، أو الميت، م: فقال: عبدي حر أو هذا، أو قال: أحدكما حر، عتق عبده عند أبي حنيفة رحمه الله، وقالا: لا يعتق عبده، هكذا ذكر في بعض المواضع، وذكر في بعض المواضع قول أبي يوسف مع أبي حنيفة رحمه الله».

(٣) «فتاوى قاضي خان»، كتاب الطلاق (١/ ٤٥٨).

(إلا أنه يُشكِل) هذا الفرقُ (بالرجُل) المضموم إلى امرأته، كما في المسألة الأُولى، وهذا الإشكالُ نقضٌ إجماليٌّ على قول الإمام، وقولُه: (فإنه)، أي: الرجل، (لا يُوصَف بالطلاق عليه)، بيانٌ لشاهد النقض، يعني: أن الدليل جارٍ، والمُدَّعَى ـ وهو وقوعُ الطلاق على امرأته ـ مُتخلِّف؛ فإن الرجل لا يكون صالحًا لوقوع الطلاق ولو في الجملة، فينبغي أن يكون في حكم الجدار والبهيمة، فيقع الطلاقُ عليها، وقد كان الأمرُ بخلافه.

(ولذا)، أي: ولأن الرجل لا يوصف بالطلاق عليه، (لو قال لها)، أي: لامرأته، (أنا منكِ طالقٌ، لغَا) كلامُه؛ لأن الطلاق لإزالة القيد، والقيد فيها دونه، أو لإزالة الملك، وهو عليها دونه، فلا يضاف إلا إليها، بخلاف ما لو قال لها: أنا منكِ بائنٌ أو عليكِ حرامٌ، حيث تَبِينُ منه؛ لأن البينونة لإزالة الوُصْلة، والتحريم لإزالة الحِلّ، وكلٌّ منهما مُشتَرِكٌ بينهما، فيَصِحُّ إضافتُه إلى كلٍّ منهما.

(وقد يقال) في دفع الإشكال بمنع جرَيان الدليل، بأن يقال: (إن الطلاق لإزالة الوُصْلة، وهي)، أي: الوصلة، (مُشتَرَكةٌ بينهما).

وفيه: أنه لو كان لإزالة الوُصلة لصحَّ إضافتُه إلى الزوج، ولم يكن قوله: أنا منكِ طالقٌ، لغوًا، فالأَولى أن يقال: إن هذا بناءً على إمكان تصحيح إضافة الطلاق إلى الرجل في الجملة، كما تقدَّم، تأمل.

[فرع: قال لعبده الأكبر سِنًّا منه: هذا ابني، عتَق عند الإمام]

(ومما فرَّعتُه على القاعدة المذكورة: قولُ الإمام الأعظم رحمه الله تعالى: إذا قال) رجلٌ (لعبده الأكبر سِنًّا منه: هذا ابني، فإنه)، أي: الإمام الأعظم، (أعمَله)، أي: هذا الكلامَ، (عِتْقًا)، حالَ كونه (مجازًا عن «هذا حرٌّ»)، ولم يُهمِله، (وهما)، أي: الإمامان، (أهمَلاه)، وجعلاه لغوًا من الكلام.

وهذا الخلاف مبنيٌّ على الخلاف في خلفيَّة المجاز عن الحقيقة، هل هي في حقِّ الحكم، كما هو عندهما، حتى يُشترَط في صحة المجاز إمكانُ المعنى الحقيقيِّ، أو في حقِّ التكلُّم، كما هو عنده، حتى يكفي صحةُ اللفظ من حيث العربيَّة بكونه مبتدأً وخبرًا موضوعًا للإيجاب بصيغته، سواء صحَّ معناه أو لا؟

فقولُ القائل: هذا ابني، لعبدٍ معروفِ النسَب مجازٌ اتفاقًا إن كان أصغرَ سِنًّا منه، وإن كان أكبرَ فعنده: مجازٌ يثبُت به العتقُ؛ لصحة اللفظ، وعندهما: لَغْوٌ؛ لاستحالة المعنى الحقيقيِّ، وهو أن يكون مخلوقًا من نُطْفة الأصغَر.

ثم إنهم اختلفوا في بيان مراد الإمام بقوله: إنها في حقِّ التكلم، فقيل: التكلُّم بـ«هذا ابني» إذا أُريد به الحُرِّية خلَفٌ عن التكلُّم بلفظ «هذا حُرٌّ»، فيكون التكلُّم باللفظ الذي يفيد المعنى المقصودَ بطريق المجاز خلَفًا عن التكلُّم باللفظ الذي يفيد عينَ ذلك المعنى المقصودِ بطريق الحقيقة، فإنَّ الحرِّيَّة كما يفيدها «هذا ابني» بطريق المجاز: يفيدها «هذا حُرٌّ» بطريق الحقيقة. واختار المُصنِّف هذا الطريقَ كما ترى.

وقال بعضهم: إن التكلُّم بـ«هذا ابني» إذا أُريد به الحُرِّية خلَفٌ عن التكلم بـ«هذا ابني» إذا أُريد به البُنُوَّة، وهو الأصحُّ، كما في الأصول[1]؛ لأن الخلاف حينئذ

---

(١) في هامش (خ): (قوله: هو الأصح، كما في الأصول. اعلم أن الأصل والخلف هما لفظان، أعني: الحقيقة والمجاز، والنزاع في أن هذا خلف عن ذاك في حكمه أو في التكلم به، وما ذكروه من أن حكم هذا خلف عن حكم ذاك أخذ بالحاصل وتوضيح للمقصود. فعلى التفسير الأول تكون الحقيقة التي هي الأصل عنده مغايرة لما هي الأصل عندهما، بخلاف التفسير الثاني؛ فإنه لفظ واحد عندهم جميعا، كالخلف على التفسيرين. والحاصل أن العلماء اتفقوا على أن المجاز خلف عن الحقيقة، أي: فرع لها، ثم اختلفوا في أن الخلفية في حق التكلم، أو في حق الحكم. فعندهما: في حق الحكم، أي: الحكم الذي يثبت بهذا اللفظ بطريق المجاز، كثبوت الحرية مثلا بلفظ «هذا

لا يكون إلا في وجه الخلفيَّة، لا في الخلف والأصل، ولأن الأصل إذا كان «هذا ابني»: يتحقَّق شرطُ المصير إلى الأصل من صحة اللفظ من حيث إنه مبتدأٌ وخبرٌ موضوعٌ للإيجاب بصيغته، وتعذُّرِ العمل بالمعنى الحقيقي، بخلاف ما إذا كان الأصل «هذا حُرٌّ»؛ لعدم تعذُّر العمل بالحقيقة حينئذ»، كذا في «التوضيح»(١).

فعنده: يعتق من حين الملك، وعندهما: لا.

= ابني»، خلف عن الحكم الذي يثبت بهذا اللفظ بطريق الحقيقة، كثبوت البنوة مثلا. وعند أبي حنيفة: في حق التكلم، فبعض الشارحين فسروه بأن لفظ «ابني» إذا أريد به الحرية خلف عن لفظ «هذا حر»، فيكون التكلم باللفظ الذي يفيد عين ذلك المعنى بطريق المجاز خلف عن التكلم باللفظ الذي يفيده بطريق الحقيقة، وهذا ما جرى عليه صاحب «الأشباه»، وبعضهم فسره بأن لفظ «هذا ابني» إذا أريد به الحرية خلف عن لفظ «هذا ابني» إذا أريد به البنوة، والوجه الأول صحيح في هذا المعنى مفيد للغرض؛ فإن لفظ «هذا ابني» خلف عن هذا حر، أي: قائم مقامه، والأصل وهو «هذا حر»، صحيح لفظا وحكمًا، فيصح الخلف، لكن الوجه الثاني أليق بهذا المقام؛ فإن فخر الإسلام قال: إنه يشترط صحة الأصل من حيث أنه مبتدأ وخبر موضوع للإيجاب بصيغته، وقد وجد ذلك، فإذا وجد وتعضر العمل بحقيقته، أي: بالمعنى الحقيقي، وجب المصير إلى خلفه؛ احترازا عن إلغاء الكلام لحصول المقصود بدونه، وهو أنه جعل الأصل ما صح تكلما، وتعذر العمل بحقيقته، وظاهر أنه إنما يصدق على «هذا ابني»، لا على «هذا حر»، أي: فصحة الأصل من حيث إنه مبتدأ وخبر تعذُّرُ العمل بالمعنى الحقيقي مخصوصا بهذا ابني. فأما «هذا حر»، فإنه صحيح مطلقا، والعمل بحقيقته غير متعذر. فعلم أن الأصل «هذا ابني» مرادا به البنوة. فحاصل الخلاف أنه إذا استعمل لفظ، وأريد به المعنى المجازي، هل يشترط إمكان الحقيقي بهذا اللفظ، أم لا؟ فعندهما: يشترط، فحيث يمتنع المعنى الحقيقي لا يصح المجاز، وعنده: لا، بل يكفي صحة اللفظ من حيث العربية. هذا هو كلام «التوضيح»، فاحفظه).

(١) انظر: «التوضيح مع التلويح»، الركن الأول في الكتاب، التقسيم الثاني في استعمال اللفظ في المعنى، فصل أنواع علاقات المجاز (١/ ١٥٤ ـ ١٥٦).

(وقال في «المنار» من بحث الحروف من) بحث («أو»)، لو قال: في «أو»، لكان أظهرَ، (وقالا)، أي: الإمامان، (إذا قال لعبده ودابَّته: هذا حُرٌّ أو هذا، إنه باطلٌ)، أي: كلامٌ لغوٌ لا تثبُت به الحُرِّيَّة؛ (لأنه)، أي: لفظ «أو»، (اسمٌ) وُضِع (لأحدِهما)، أي: الشيئَين، (غير عَينٍ)، أي: غير معيَّن، فهي لفظ موضوعٌ لإفادةِ أن حكم ما قبلها لأحد المذكورِين لا على التعيين، والأحد أعمُّ من كلٍّ منهما على التعيين، والأعمُّ يجب صدقُه على الأخصِّ، (وذلك)، أي: الواحد الأعمُّ الذي يصدُق على الدابَّة والعبد، (غيرُ محلٍّ للعتق)، أي: غير صالح له، وإنما يصلُح له الواحدُ المُعيَّن، وهو العبد.

قال في «التلويح»: «وفيه بحث؛ لأن إيجاب العتق إنما هو على ما يصدُق عليه أحدُ الشيئَين، لا على المفهوم العامِّ؛ إذ الأحكام إنما تتعلَّق بالذَّوَات، لا بالمفهومات»[1].

ويمكن أن يجاب: بأنه لما لم يكن ما صدق عليه أحدُ الشيئَين غير عينٍ صالحًا للإيجاب، وبدون صلاحية المحلِّ لا يصح الإيجاب أصلا.

(وعنده)، أي: الإمام، (كذلك)، يعني إن «أو» لأحد الشيئَين غير عين، وإن غير العين ليس بمحلٍّ للعتق، (لكن[2] على احتمال التعيين)، إشارةٌ إلى أنه قولٌ بموجب العلَّة، يعني: سلَّمنا أنه اسمٌ لأحدهما غير عين، وما هو كذلك لا يكون محلًّا للعتق؛ لأن الأحكام تتعلق بالذَّوَات، لا بالمفهومات المُبهَمة، لكن لا يلزم من ذلك عدمُ

---

(١) «التلويح على التوضيح»، التقسيم الثاني في استعمال اللفظ في المعنى، فصل: الاستعارة التبعية في الحروف، حروف المعاني (١/ ٢٠٨ ـ ٢٠٩).

(٢) في هامش (خ): (قوله: وعنده كذلك، لكن... إلخ، يعني: قال أبو حنيفة: إن الأمر كذلك في الحقيقة ونفس الأمر على ما قلتم، لكن على سبيل المجاز يحتمل التعيين).

وقوع العتق من جهة أُخرى، وهو أن هذا الكلام يحتمل التعيين، وكلُّ ما هو من مُحتمَلاتِ اللفظ يجوز أن يُستعمَل اللفظُ فيه مجازًا عند وجود القرينة، فهذا الكلام يجوز أن يُستعمَل في التعيين مجازًا.

أما أن التعيين من مُحتمَلات اللفظ، فلأنه لو كان الإيجاب في العبدَين لزمه التعيين، كما قال: (حتى لزمه[1] التعيينُ في العبدَين[2]) وأُجبِر عليه، ولو لم يكن من مُحتمَلاته لما أُجبِر عليه؛ إذ المرءُ لا يُجبَر على ما ليس من محتملاتِ كلامه، حتى لو باع أحدُهما أو مات تعيَّن الآخَرُ للعتق.

(و)أما جوازُ استعماله فيه مجازًا، فظاهرٌ، فإذا جاز أن يكون مجازًا عن التعيين يُحمَل عليه عند تعذُّر الحقيقة؛ لأن (العمل بالمُحتمَل أولى[3] من الإهدار) بالكُلِّية، فيَلغُو ذكرُ ما ضُمَّ إليه العبدُ، فصار كأنه قال: هذا حُرٌّ، وسكَت.

(فجعل[4] ما وُضع لحقيقته)، وهو أحدُهما غيرَ عينٍ، (مجازًا عما يحتمله[5])،

---

(١) في هامش (خ): (قوله: حتى لزمه... إلخ، حتى ههنا في موضع التعليل لاحتمال التعيين).

(٢) في هامش (خ): (قوله: في العبدين، بأن يردد بين العبدين، ويقول: هذا حر أو هذا، فيجبره القاضي على التعيين، فلو لم يكن يحتمل التعيين لما أجبره عليه، أي: فلو لم يكن يحتمل هذا الكلام التعيين لما أجبر القاضي القائل على التعيين، فالتعيين أثر صحة الإيجاب، فتحقق العلاقة، انتهى).

(٣) في هامش (خ): (قوله: أو إلى... إلخ، فيحمل على الواحد المعين مجازا؛ إذ العمل بالحقيقة متعذر، انتهى).

(٤) في هامش (خ): (قوله: فجعل... إلخ، أي: جعل اللفظ الذي وضع لحقيقته، وهي «أو» التي وضعت للواحد الغير المعين مجازا عما يحتمل ذلك اللفظ له، وهو المعين، والعلاقة استلزام الأول للثاني من حيث لزوم البيان، وهذا القدر من الاستلزام كاف للتجوز، انتهى)

(٥) في هامش (خ): (قوله: عما يحتمله. لو قال: مجازا لما يحتمله، لكان أولى؛ لأنه مجاز له، لا مجاز عنه، انتهى).

وهو أحدهما على التعيين، (وإن استحالت حقيقتُه)، أي: تعذَّر العملُ بها، كما هو أصلُه[١] في العمل بالمجاز.

(وهما)، أي: الإمامان، (يُنكِران الاستعارةَ)، أي: المجاز، (عند استحالة الحكم)، أي: حكم الحقيقة، كما ذكرناه من أنهما يقولان: يُصار إلى المجاز عند إمكانِ حكم الحقيقة، فإذا لم يكن المحلُّ صالحًا لحكم الحقيقة يَلغُو المجازُ، سواء نوى عبدَه لهذا الإيجاب أو لم يَنْوِ؛ لأن اللَّغْوَ لا حكمَ له. لكن في «المبسوط»: أنه يعتقُ عبدُه إذا نوى عندهما[٢].

(انتهى) كلام «المنار»[٣].

قيل: يحتاج هذا الفرعُ مع فرع المرأة المعروفةِ النسبِ إلى الفرق بينهما، والفرقُ بينهما تعذُّرُ المجاز في فرع المرأة، بخلافه هنا، كما تقدَّم؛ لأن الحُرِّية الثابتة بـ«هذا ابني» لا تُنافي الملكَ؛ لأن عمله في الحقيقة من حين ملكه، لا انتفاء الحقيقة من الأصل، وعمله في المجاز عتقُه من حين ملكه أيضًا، فصلُح مجازًا، بخلاف المرأة[٤]، فإن الحرمة الثابتة به تُنافي النكاح والمحلِّيَّة، والحرمة الثابتة بالطلاق تُثبِت النكاحَ والمحلِّية، فلم تجُزْ استعارتُه للطلاق المُحرِّم، كما قدمناه[٥].

---

(١) في هامش (خ): (قوله: كما هو أصله، أي: أصل أبي حنيفة، أي: فجرى أبو حنيفة على أصله المذكور في قوله للأكبر منه سنا: هذا ابني، بجعله مجازا عما يحتمله بعد استحالة الحقيقة، يعني: أنه إذا قال رجل لعبده، وهو أكبر سنا منه: هذا ابني، فأبو حنيفة يقول: إن الحقيقة ـ وهو ثبوت النسب ـ محال، فيحمل هذا القول على المجاز، وهو الحرية؛ لئلا يلزم إهدار الكلام، انتهى).

(٢) انظر: «المبسوط»، كتاب العتق، باب الأيمان في العتق (٧/ ٢٤٠ ـ ٢٤١).

(٣) «المنار» مع «فتح الغفار»، حروف المعاني، الكلام على «أو» (٢/ ١٩).

(٤) أي: بخلاف قوله للمرأة المعروفة النسب: هذه بنتي.

(٥) «غمز العيون» (١/ ٤٠٢).

(قيَّد) صاحبُ «المنار» صورةَ مسألة الجمع بين العبد والدابَّة التي حكم فيها بالبطلان، («أو»)، أي: بالعطف بها، ولم يُصوِّرْها بقوله: أحدُكما حُرٌّ؛ (لأنه لو قال لعبده ودابَّته: أحدُكما حُرٌّ، عتق بالإجماع، كما في «المحيط»). لكن في «التاتارخانية» أنه يعتق عبده عند الإمام، لا عندهما[1]، بلا فرقٍ بين القولين.

(وبيَّنَّا الفرقَ) بينَ قوله: هذا حُرٌّ أو هذا، وبين قوله: أحدُكما حُرٌّ، (في «شرح المنار»).

قال فيه: «لأن قوله: أو هذا، تخييرٌ، وقوله: أحدُكما حُرٌّ، إيقاعٌ، فإنما يقع على من يَقبَل العتق. فأما التخييرُ، فيصِحُّ بين من يَقبَل العتقَ ومن لا يقبله، كذا في «المحيط»»[2]، انتهى.

والمسائل التي ذكرناها في أثناء مسائل الطلاق المُبهَم مأخوذةٌ من «التاتارخانية»، كلُّها مَبنِيَّة على عدم الفرق.

[فرع: وقف على أولاده، وليس له إلا أولادُ الأولاد]

(ومنها)، أي: من فروع القاعدة المذكورة، (لو وقَف على أولاده، وليس له)، أي: الواقف، (إلا أولادُ الأولاد: حُمِل) لفظُ «أولاده» (عليهم)، أي: أولاد الأولاد، (صَوْنًا للفظ عن الإهمال عملًا بالمجاز) باعتبار السَبَبِيَّة.

وهل يدخُل أولادُ البنت؟ فيه اختلافٌ، والصحيحُ لا يدخُل.

قال في «الخلاصة»: «قال: أرضي هذه موقوفةٌ على ولدي، كانت الغلَّةُ لولد

(١) «الفتاوى التاتارخانية»، كتاب العتاق، الفصل الرابع في العتق المبهم (٥/ ٥٠٦ـ ٥٠٧).

(٢) «فتح الغفار»، حروف المعاني، الكلام على «أو» (٢/ ١٩).

صُلْبِه، يستوي فيه الذَّكَر والأُنثى، وإذا لم يَبْقَ واحدٌ من البطن الأوّل: يُصرَف إلى الفقراء[١]، لا إلى ولد الولد، وإذا لم يكن له وقتَ الوقف ولدٌ لصُلْبه، وله ولدُ ابنٍ: كانت الغلَّةُ له، لا يُشارِكه في ذلك مَن دونه من البُطون، ويكون ولدُ الابن عند عدم ولد الصُّلب بمنزلةِ ولد الصُّلب، ولا يدخُل فيه ولدُ البنت في ظاهر الرواية، وهو المختارُ»[٢].

[فرع: وقَف على مَوَاليه، وليس له إلا مَوَالي الموالي]

(وكذا لو وقف على مَوَاليه)، وهم حقيقةٌ في مواليه بلا واسطة، مجاز في مواليه بالواسطة، فلا يجوز الجمعُ بينهما، فإذا لم يكن له مَوَالٍ، كما قال: (وليس له مَوَالٍ)، أي: المعنى الحقيقيُّ غيرُ موجود، (وإنما له) معنى مجازيٌّ فقط، وهو (مَوَالي المَوَالي)، فيُحمَل عليه، فلذا (استَحقُّوا) الوقفَ؛ صَوْنًا للفظ عن الإهمال مع إمكان العمل بالحمل على المجاز، (كذا في «التحرير») للمُحقِّق ابن الهمام[٣].

[التعليق بلا فاءٍ تنجيزٌ]

(وليس منها)، أي: الفروع[٤] المذكورة، (لو أتى بالشرط والجواب بلا فاءٍ) فيما يجب فيه الفاءُ، قال الزيلعيُّ: «الجواب إذا تأخَّر عن الشرط يكون بالفاء، وإذا تقدَّم

---

(١) في هامش (خ): (قوله: يصرف إلى الفقراء؛ لأنه من قبيل المنقطع، فإذا كان ولد الولد فقيرا يصرف إليه بوصف الفقر، انتهى).

(٢) «خلاصة الفتاوى»، كتاب الوقف، الفصل الخامس في الوقف على نفسه (٤/ ٤٢٦ ـ ٤٢٧).

(٣) انظر: «التحرير» مع «التيسير»، الفصل الخامس في المفرد باعتبار استعماله، مسألة: الحنفية وغيرهم لا يستعمل اللفظ في المعنى الحقيقي والمجازي مقصودين بالحكم (٢/ ٣٩).

(٤) في هامش (خ): (قوله: أي: الفروع. الصواب: أي: فروع القاعدة المذكورة، انتهى).

فلا تدخُل عليه. واختلفوا فيه، هل هو الجزاءُ، أو يُقدَّر بعد الشرط من جنسِه؟»[١].

فلو قال لامرأته: إن دخلتِ الدارَ أنتِ طالقٌ، (فإنّا لا نقول فيه بالتعليق؛ لعدم إمكانه)، أي: التعليق بلا فاء، (فيَتنجّزُ) الطلاقُ ويَلغُو ذكرُ الشرط، لكن «لو نوى التعليقَ دُيِّن»، كما في «البحر»[٢]، (ولا يُنَوَّى قضاءً، خلافًا لما نُقل عن أبي يوسف رحمه الله تعالى) من أنه يتعلّق؛ حملًا للكلام على الفائدة، وتُضمَر الفاءُ.

[أنتِ طالقٌ في مكّة، وفي دُخولكِ مكة، وإذا دخلتِ مكةَ]

(وكذا لو قال: أنتِ طالقٌ في مكّة، فيَتنجّز الطلاقُ)، ويلغُو قولُه: في مكّة، (إلا إذا أراد: في دخولكِ مكّة، فيُدَيَّن)، أي: يتعلّق الطلاقُ بالدُّخول ديانةً، لا قضاءً.

(وقولُه: أنتِ طالقٌ إذا دخلتِ مكّة، تعليقٌ)؛ لوجود حقيقته.

[مطلب: فيما فرَّعه السُّيوطيُّ على هذه القاعدة مما نقَله عن السُّبكيِّ]

(وقد جعل الإمام الأسيوطيُّ من فروعها)، أي: القاعدة، (ما وقع في «فتاوى» الشيخ تقي أبي الحسن علي (السُّبكيِّ، فنذكُر كلامَيهما)، أي: السُّبكي والسيوطي، (بالتمام، ثم نذكُر ما يسَّر الله مما يُناسب لنا).

[فتوى الإمام السبكي]

(قال الإمام السُّبكيُّ) في «فتاواه»[٣]: (لو أن رجلا وقَف)، بالبناء للمعلوم، (عليه)، أي: على نفسه، والمختارُ المُفتَى به جوازُه، (ثم) من بعده (على أولاده، ثم) من بعده (على أولادهم ونَسْله)، وهو الولدُ وولدُ الولد أبدًا ما تناسَلوا، ذُكورًا وإناثًا،

---

(١) انظر: «تبيين الحقائق»، كتاب الطلاق، باب التعليق (٢/ ٢٣٤).

(٢) انظر: «البحر الرائق»، كتاب الطلاق، باب التعليق في الطلاق (٤/ ١٣).

(٣) انظر: «فتاوى السبكي» (٢/ ١٦٨ ـ ١٦٩).

(وعَقِبه)، هو الولد وولدُ الولد من الذُّكور، كذا في «الإسعاف»[(١)].

فأولاد الأولاد: يدخُل فيه أولادُ البنات على المختار، ويدخلون في الأولاد، والنَّسْلُ يَشمَلهم.

والعَقِب: يَخُصُّ الذُّكورَ، كأولاد الأولاد، ولا يُسمَّى عقِبًا إلا بعد موت المُعقَّب عنه، فلو وقع على زيدٍ وعلى عَقِبه لا يدخُل أولادُ زيد في حياته، بخلاف أهل بيته، فإنه يدخُل الموجودُ منهم ومَن يأتي بعدهم.

وأهلُ بيته: مَن اتَّصل إليه من قِبَل أبيه إلى أقصى أبٍ له في الإسلام، يستوي فيه الذَّكَرُ والأُنثى، والمسلِمُ والكافر، والمَحرَمُ وغيرُ المحرم، ولا يدخُل الأبُ الأقصى لو كان حيًّا، ويدخُل والدُ الواقف وولدُه، ولا يدخُل أولادُ البنات والأَخَوات ومَن سواهُنَّ من الإناث، إلا إذا كان زوجُها من بني أعمام الواقف.

«وقال الخصَّاف: الجنسُ والآلُ بمنزلة أهل البيت، والحكم فيهما واحد»، «ابن الشحنة»[(٢)].

فالحاصل أن الأولاد والنَّسْل في الشُّمول للأُنثى سواء، والعَقِب وأولاد الأولاد في عدم الشمول سواءٌ، ومقصودُه بهذا الوقف دخولُ أولاد البنات، فلذا قال:

(ذكَرًا) كان النَّسْل والعَقِبُ (أو أُنثى، للذَّكَر مثلُ حظِّ الأُنثيَين)، وهذا معنى: على الفريضة الشرعية.

ثم ذكَر للوقف المذكور شروطًا أُخَر:

---

(١) انظر: «الإسعاف»، باب ذكر الوقف على أولاده وأولاد أولاد أولاده ونسله وعقبه (ص ١٠٤).

(٢) «شرح المنظومة الوهبانية»، كتاب الوقف (١/ ٢٤١).

الشرط الأوَّل قولُه: (على أنَّ مَن تُوفِّيَ منهم) المذكورِين، الأولاد وأولاد الأولاد، و«على» شرطيَّةٌ مُتعلِّقةٌ بـ«وقَف»، أو بيانيَّة تفصيلًا لما قبله من ترتيب الطبقات، (عن ولدٍ أو نَسْل: عاد ما كان جاريًا عليه)، أي: المُتوفَّى، (على ولده)، أي: ترجع حصتُه من الوقف لولده، (ثم على ولدِ ولدِه، ثم على نَسْله على الفريضة)، أي: للذكَّر منهم مثلُ حظِّ الأُنثيَين.

الشرط الثاني منها ما أشار إليه بقوله: (على أن مَن تُوفِّيَ) منهم (من غير نَسْل: عاد ما كان جاريًا عليه على مَن في درجته من أهل الوقف المذكور، يُقدَّم الأقربُ إليه فالأقربُ، ويستوي الأخُ الشقيقُ والأخُ من الأب).

الظاهر أن هذا من كلام الواقف، فلا يَرِدُ عليه ما قيل: إن هذا مُخالِفٌ لما في «أنفع الوسائل» من أنه يُقدَّم الأخُ الشقيقُ على الأخ لأب[1]؛ لأن ذاك إذا لم يَنُصَّ عليه الواقفُ، واقتصر على قوله: الأقرب فالأقرب، لما أن نصَّه مُعتبَر.

الشرط الثالث هو قوله: (ومن مات)، لو قال: على أنَّ من مات، (من أهل الوقف، وترَك ولدًا أو أسفلَ منه: انتقل نصيبُه إليه): لكان أظهرَ، وهذا الشرط يُغنِي عنه الشرطُ الأوَّل.

الشرط الرابع هو قوله: (وعلى أن من مات من أهل الوقف قبل استحقاقِه لشيء، وترك ولدًا أو أسفلَ منه: استحقَّ) الولدُ أو الأسفلُ منه (ما كان يَستحِقُّه المُتوفَّى) من الوقف (لو بقِي) المُتوفَّى (حيًّا إلى أن يصير إليه شيءٌ من منافع الوقف المذكور، وقام في الاستحقاق مقام المُتوفَّى).

---

(١) انظر: «أنفع الوسائل»، المسألة التاسعة في الوقف على الأقرب فالأقرب (ص ١٩٧).

الشرط الخامس هو قوله: (فإذا انقرَضُوا، فعلى الفقراء).

وهنا قد تمَّ شروطُ الوقف، فأشار إلى تفصيل أجزائها بتحويله عاطفًا على قوله: وقَف، من قوله: إن رجلا وقَف عليه، قولَه: (ولو تُوفِّي[1] الموقوفُ عليه)، وهو الرجل الواقف، فإنه واقفٌ باعتبارٍ، وموقوفٌ عليه باعتبارٍ، (وانتقل الوقفُ) المذكورُ (إلى ولدَيه أحمد وعبد القادر)، ومات أحمد، ولم يتعرَّض لموته؛ إذ لا تختلف قسمةُ نصيب عبد القادر على أولاده، سواء مات أحمدُ عن أولادٍ أو لا؛ لأنه إن لم يمُتْ عن ولد: يَنتقِل نصيبُه إلى أخيه عبد القادر؛ عملًا بقوله: ومن مات من غير نسل عاد ما كان جاريًا عليه على من في درجته من أهل الوقف المذكور، وإن مات عن ولدٍ: فنصيبُه لولده؛ عملا بقوله: ومن مات عن ولد أو نسل عاد ما كان جاريا عليه من ذلك على ولده... إلخ، ولا يَخلُو حالُ أحمد عنهما.

(ثم تُوفِّي عبدُ القادر، وترك ثلاثةَ أولاد، وهم: عليٌّ وعمرُ ولطيفة، و)ترك أيضًا (ولدَي ابنِه محمدٍ المُتوفَّى في حياة أبيه) عبد القادر، (وهما)، أي: ولدَا ابنِه محمدٍ، (عبد الرحمن وملكة، ثم تُوُفِّي عمرُ من غير نَسْل، ثم تُوفِّيَتْ لطيفةُ وتركت بنتًا تُسمَّى فاطمة، ثم تُوفِّي عليٌّ وترك بنتًا تُسمَّى زينب، ثم تُوفِّيت فاطمةُ بنتُ لطيفةَ) بلا نَسْل، فبقِي من نسل عبدِ القادر: عبدُ الرحمن وملكةُ ولدَا محمدٍ المُتوفَّى في حياة أبيه، وزينبُ بنتُ عليٍّ.

وجوابُ «لو» في صدر الكلام قولُه: (فإلى مَن يَنتقِل نصيبُ فاطمةَ) بنتُ لطيفة المُتوفَّاة عقيمةً؟

---

(١) في هامش (خ): (قوله: ولو توفي. أصل المتن: وتوفي، والشارح صنع ما ترى، وجعله شرطا في صدر الكلام، وسيأتي يصرح بأن جوابه قوله: فإلى من ينتقل... إلخ، انتهى).

(فأجاب) الشيخُ (السُّبكيُّ) رحمه الله تعالى: (الذي ظهَر لي الآن)، أي: حين الجواب، وسيأتي أنه كان يُفتِي بخلافه، (أن نصيبَ عبد القادر) من الوقف المذكور ـ وهو الغلّة ـ إن مات أخوه أحمدُ قبله لا عن ولد، وإن بقي حيًّا أو مات عن ولد: فنصيبُ عبد القادر نصفُ الغلَّة، (جميعُه يُقسَم من هذا الوقف إلى ستِّين جُزءًا)، وهي أصلُ مسألة هذا الوقف، (لعبد الرحمن منه: اثنان وعشرون جُزءًا، ولملكة: أحدَ عشر جُزْءًا، ولزينب: سبعةٌ وعشرون جُزءًا، ولا يَستمِرُّ هذا الحكم في أعقابهم)، أي: فروع هؤلاء الأولاد، (بل) يُقسَم (كلَّ وقتٍ بحسبه)، أي: بحسب ما يقتضيه ذلك الوقت.

ثم أراد أن يُبيِّن التقسيمَ المذكور على وجه يظهَر منه إلى مَن ينتقل نصيبُ فاطمةَ الذي وقع السؤالُ عنه، فقال: (وقال) السُّبكيُّ: (بيان ذلك) التقسيم (أن عبد القادر لمَّا تُوفِّي: انتقل نصيبُه إلى أولاده الثلاثة، وهم عليٌّ وعمرُ ولطيفةُ، للذَّكر مثلُ حظِّ الأُنثيَين)؛ للشرط المذكور أوَّلا بقوله: على الفريضة، وعددُ رُؤُوسهم خمسةٌ؛ لأن الذَّكَر برأسَين، فأصلُ مسألتهم من خمسة، (لعليٍّ: خُمُساه)، أي: خُمُسا نصيبِ عبد القادر، (ولعمرَ: خُمُساه، وللطيفةَ: خُمُسُه، وهذا) التقسيم (هو الظاهر عندنا)، يعني: ولاشيءَ لأولاد محمد المُتوفَّى في حياة والده معهم؛ عملًا بالترتيب بين الطبقات بـ«ثم»، (ويحتمل أن يُشارِكَهم)، أي: أولادَ عبد القادر أولادُ ابنِه محمدٍ المُتوفَّى في حياة أبيه، وهما (عبدُ الرحمن وملكةُ ولدَا محمدٍ المُتوفَّى في حياة أبيه) عبد القادر، (ويُنزَّلا)، أي: عبد الرحمن وملكة، (منزلةَ أبيهما) محمدٍ؛ عملًا بقوله: وإن مات عن ولدٍ: انتقل نصيبُه إليه أن[1] لو كان حيًّا، فتصير عددُ الرُّؤوس حينئذ سبعةً، فهي أصلُ مسألتهم، كما قالت: (فيكون المخرجُ)، أي: مخرج مسألة هذا

(١) كذا في النسخ.

الوقف، (من سبعة، ويكون لهما)، أي: لعبد الرحمن وملكة، (السُّبُعان) منها نصيبُ أبيهما محمد بينهما، للذَّكَر مثلُ حظِّ الأنثيين، (ولعليٍّ: السُّبُعان، ولعُمرَ: السُّبُعان، وللطيفةَ: السُّبُع. وهذا) التقسيم، (وإن كان محتمَلًا)؛ نظرًا إلى ظاهر الأمور الثلاثة الآتية، (فهو مرجوحٌ عندنا؛ لأن التمكُّن)، أي: الاعتماد، (في مأخذه)، أي: هذا التقسيم، (ثلاثةُ أمور)، أي: عليها.

(أحدُها)، أي: الثلاثة، أن هذا التقسيم مقصودُ الواقف، وكلُّ مقصود الواقف هو المعتبَر، فهذا التقسيم هو المعتبر. بيان الصُّغرى: (لأن مقصود الواقف أن لا يُحرِّم أحدًا من ذُرِّيَّتِه)؛ لأن المقصود بِرُّهم والإحسانُ إليهم، كما هو في حياته، وذ بعدمِ حرمانِهم كلِّهم، (وهذا الأمرُ)، أي: الدليل، (ضعيفٌ).

وجهه: أنّا لا نُسلِّم الكُبرى؛ لأنه إنما يكون أَولى بالاعتبار إذا كان في ألفاظ وقفِه ما يدلُّ على مقصوده؛ (لأن المقاصد إذا لم يدُلَّ عليها اللفظُ)، أي: لفظ وقفه، (لا تُعتبَر)، فالاعتبار لدلالة ألفاظه، وليس في ألفاظ الوقف ما يدلُّ على هذا المقصود

(الثاني) من الأمور الثلاثة، ومَرجِعُه: أنّا لا نُسلِّم أنْ ليس في ألفاظه ما يدلُّ على مقصوده[1]، بل هو مُستفادٌ من قوله: ثم على أولاده، ثم على أولادهم؛ فإنَّ «ثم للترتيب، وهو كما يكون للترتيب بين الجُمَل: يكون للترتيب بين الأفراد، وترتيبُ الجُمَل ترتيبُ الطَّبقات، وترتيبُ المُفرَدات ترتيبُ الفروع والأصول، فنريد بالترتيب المُستفاد من «ثم» الترتيب بين الفَرع والأصل، كما قال: (وإدخالُهم)، أي: أولا الأولاد، (في الحكم)، أي: حكم الأولاد من الاستحقاق، (وجعلُ الترتيب) المُستفا بـ«ثم» (بين كلِّ أصلٍ وفرعِه، لا) بجَعْل الترتيب (بين الطبقتَين) جميعًا، يعني: على

(١) أي: نثبت المقدمة الممنوعة، كما في هامش (ع).

معنى أن كلَّ فرع لا يَستحِقُّ شيئًا من الوقف مع وجود أصله، لا على معنى عدم استحقاقِ مَن هو في الطبقة الثانية مع عدم انقراض الطبقة الأُولى.

قال السُّبكي: (وهذا الأمر)، أي: الدليل، (مُحتمَل) لفظ الواقف، (لكنَّه خلافُ الظاهر)؛ فإن الظاهر أنه ترتيبٌ بين الطبقات.

قال بعضهم: «وهذا إنما يتمشَّى أن لو كان في كلام الواقف صريحًا ترتيبُ الطبقات، وحَجْبُ كلِّ طبقةٍ ما تحتها، بأن يقول: نَسْلًا بعد نَسْل، أو تَحجِبُ كلُّ طبقةٍ ما تحته، كما في بعض الأوقاف، فإنه لو كان كذلك يصدُق على محمد بعد وفاة عبد القادر أنه لو كان حيًّا لكان من أهل الوقف؛ لتقدُّم طبقتِه وحَجْبه بأولاد عبد القادر، فكان ولدُه محمَّدٌ[1] يقوم مقامَه بمُقتضَى اللفظ. وأما هنا، فلم يقُلْ صريحًا بالحجب، وقال: على أن مَن تُوفِّي من أهل الوقف ينتقل نصيبُه إلى أولاده، ولا ينتقل إلى ولدي محمدٍ شيءٌ، ونظر السبكيُّ إلى لفظ «ثم» فقط، فإنه يقتضي الترتيبَ وحَجْب كلِّ طبقةٍ لما تحته[2]، وهو الحقُّ»[3]، وسيأتي الكلام في ذلك.

وفي «الخلاصة»: «إن ذكر الواقفُ ثلاثةَ بطون يكون الوقفُ عليهم وعلى من أسفلَ منهم، والأقربُ والأبعدُ فيه سواء، إلا أن يذكُر الواقفُ في وقفه: «الأقرب فالأقرب»، أو يقول: على ولدي، ثم مِن بعدهم على ولد ولدي، أو يقول: بَطْنًا بعد بطنٍ، فحينئذ يُبدَأ بما بدأ به الواقفُ؛ لأنه لمَّا[4] ذكر البطنَ الثالث فقد فحُش، فيتعلَّق الحكمُ بنفس الانتساب، لا غير، والانتساب موجودٌ في حقِّ

---

(١) في النسخ: (محمدا)، والمثبت من «غمز العيون».

(٢) في النسخ: (قاله)، والمثبت من «غمز العيون».

(٣) انظر: «غمز العيون» (١/ ٤٠٥ ـ ٤٠٦).

(٤) في النسخ: (إذا). والمثبت من «الخلاصة».

الأقـرب والأبعـدِ، بخلاف البطـن الثاني؛ لأن الواسـطة فيـه واحـدة»[1]، انتهى.

فظهر من هذا أن «ثم» تفيد الترتيبَ في الطبقات، كما لو قال: بَطْنًا بعد بطن.

قال السُّبكي: (وقد كنتُ مِلْتُ)، ماضٍ من المَيْل، (إليه)، أي: جَعْل الترتيب كذلك، (مرَّةً في وقفٍ) من الأوقاف (للفظ)، أي: لأجل لفظ، (اقتضاه)، أي: ذلك اللفظُ المَيلَ، (فيه)، أي: ذلك الوقف، (ولكن لستُ أَعُمُّه)، أي: أجعله عامًّا، (في كلِّ ترتيب)، فلا يلزم أن يكون هنا كذلك.

(الثالث) من الأُمور الثلاثة: (الاستنادُ إلى قول الواقف أنَّ مَن مات من أهل الواقف قبلَ استحقاقه لشيءٍ: قام ولدُه مقامَه)، فإنه يُعيِّن إدخالَ أولادِ الأولاد في الحكم والاستحقاق، ولو مع وجود أهل الطبقة المتقدِّمة عليهم. (وهذا) الأمرُ (قويٌّ، لكن إنما يَتِمُّ لو صدَق على محمَّدٍ المُتوفَّى في حياة والدِه) عبدِ القادر (أنه من أهل الوقف).

(وهذه المسألة قد كان وقَع مثلُها في الشام قبل التسعين وسِتِّمائة، وطلَبوا فيها نقلًا، فلم يَجِدُوه، فأرسَلوا إلى الدِّيار المِصريَّة يسألُون عنها)، أي: هذه المسألة، (ولا أدري ما أجابُوهم، لكن رأيتُ بعد ذلك) التاريخ (في كلام الأصحاب)، أي: أصحاب مذهبه، (فيما إذا وقف على أولاده، على أن مَن مات منهم انتقل نصيبُه إلى أولاده، ومن مات ولا ولدَ له: انتقل) نصيبُه (إلى الباقِين من أهل الوقف، فمات واحدٌ عن ولدٍ انتقل نصيبه إليه)، أي: الولد، (فإذا مات عن غير ولدٍ: انتقل نصيبُه إلى أخيه وابنِ أخيه؛ لأنه)، أي: ابن الأخ، (صار من أهل الوقف)، أي: مُستحِقًّا بموت أخيه عن غير ولد.

---

(١) «خلاصة الفتاوى»، كتاب الوقف، الفصل الخامس في الوقف على نفسه (٤/ ٤٢٨).

(فهذا التعليل يقتضي أنه إنما صار من أهل الوقف بموتِ والدِه)، حيث أتى بـ«صار» الدالَّةِ على الانتقال، ولم يقل: لأنه من أهل الوقف، وهذا الوقف ليس مُعلَّقًا بموت الواقف، وليس في الكلام ما يدل على موته، (فيقتضي) هذا التعليل (أن) محمَّدَ (ابنَ عبدِ القادر المُتوفَّى في حياة والده ليس من أهل الوقف)؛ لموته قبل الاستحقاق، (وأنه إنما يصدُق عليه اسمُ أهلِ الوقف إذا آلَ) ورجع (إليه الاستحقاقُ) بالفعل، فلا يُطلَق هذا اللفظُ على الشخص إلا إذا استحقَّ من الوقف بالفعل.

(قال) السُّبكي: (ومما يُتنبَّه له: أن بين أهل الوقف والموقوفِ عليهم عُمومًا وخصوصًا من وجه، فإذا وقف على زيدٍ، ثم عمرو، ثم أولاده)، أي: عمرو، (فعمروٌ موقوفٌ عليه في حياة زيد؛ لأنه مُعيَّنٌ قصَدَه الواقفُ بخصوصه، وسمَّاه) الواقفُ (وعيَّنه، وليس من أهل الوقف حتى يوجد شرطُ استحقاقه، وهو موتُ زيدٍ)؛ لأنه ذكره بلفظ «ثم» المُقتضيةِ للترتيب.

فعُلم منه: أن عند وجود شرط الاستحقاق يصدُق عليه أنه من أهل الوقف أيضًا، ولذا لم يَتعرَّض لمادة الاجتماع. وقولُه: (وأولادُه)، أي: عمرو، مبتدأٌ، (إذا آلَ إليهم الاستحقاقُ، كلٌّ)، مبتدأٌ ثانٍ، (واحدٍ منهم من أهل الوقف)، خبَرُ المبتدأ الثاني، وخبَرُه خبَرُ الأوَّل.

(ولا يقال في كل واحد: إنه موقوفٌ عليه بخصوصه؛ لأنه لم يُعيِّنه الواقفُ، وإنما الموقوفُ عليه جهةُ الأولاد مطلقًا، كالفقراء)، فزيدٌ مادَّةُ اجتماع؛ لأنه موقوفٌ عليه وأهلُ الوقف، وعمروٌ مادَّةُ افتراقِ الموقوف عليه قبل الاستحقاق، وكلُّ واحد من أولاده مادَّةُ افتراقِ أهل الوقف.

وبه ظهر بطلانُ ما قاله بعضهم: «إن بينهما عمومًا وخصوصًا مطلقًا، وإن

الموقوف عليه أعمُّ مطلقًا»[1]، ولكن هذا الفرق مبنيٌّ على اعتبار التعيين في الموقوف عليه، وعلى اعتبار الاستحقاق للوقف في أهل الوقف، وكلٌّ منهما محلُّ بحثٍ، تأمل.

(قال) السبكي: (فتبيَّن بذلك) المذكور (أن ابنَ عبدِ القادر والدَ عبد الرحمن) وملكة، يعني: محمَّدًا، (لم يكن من أهل الوقف أصلا)، يعني: لا في حياةِ أبيه؛ لعدم الاستحقاق، ولا بعد موته؛ لعدم وجوده، (ولا موقوفًا عليه)؛ لعدم التعين والتخصيص به، كما أشار إليه بقوله: (لأن الواقف لم يَنُصَّ على اسمه).

(قال) السُّبكي: (وقد يقال) في توجيه كونِ محمدٍ من أهل الوقف: (إن المُتوفَّى في حياة أبيه يَستحِقُّ؛ بتقديرِ أنه لو مات أبوه في حياته جرى عليه الوقفُ، فيَنتقِل هذا الاستحقاقُ إلى أولاده، وهذا) الوجه (قد كنتُ في وقتٍ أبحثُه)، أي: أبحث عنه وأستخبِره، (ثم رجعتُ عنه)، لعلَّه قبل الاطلاع على التعليل المتقدِّم، وإلا فهذا عينُ ما تقدَّم؛ لأن هذا الوجه هو الاستحقاقُ بالقُوَّة، وقد تقدَّم منه ردُّه.

فتحرَّر من كلام السُّبكي على كلام المُستدِلِّ منعُ كونِ محمدٍ من أهل الوقف؛ لعدم استحقاقه، وسَنَدُ المنع ما نقله عن الفقهاء من تخصيصهم أهلَ الوقف بالمُستحِقِّ بالفعل.

ثم إن المُستدِلَّ أجاب عن ذلك بإثبات المقدِّمة الممنوعة، وهذا ما تضمَّنه قولُه: (فإن قلتَ): محمدٌ من أهل الوقف؛ لأنه سمَّاه الواقف أهلَ الوقف قبل الاستحقاق، وكلُّ ما هو كذلك فهو من أهل الوقف، وبيانُ الصُّغرى: (قد قال الواقفُ) فيما نحن فيه من الشرط الرابع: (إن مَن مات من أهل الوقف قبل

---

(١) انظر: «غمز العيون» (١/ ٤٠٧).

استحقاقه لشيء، فقد سمَّاه من أهل الوقف مع عدم استحقاقه، فيدُلُّ) كلامُه (على أنه)، أي: الواقف، (أطلق «أهل الوقف» على من لم يصِلْ إليه الوقفُ، فيدخُل محمدٌ والدُ عبدِ الرحمن وملكة في ذلك)، أي: أهل الوقف، (فيستحِقَّان)، أي: عبدُ الرحمن وملكة نصيبَ والِدهما محمد.

ثم إن ما ذكره من السَّنَد لا يصلُح للسَّنَديَّة؛ لأن الألفاظ الواقعة من الواقِفين مَبنيَّةٌ على اصطلاحاتهم، فالواقف هنا اصطلَح على أن أهل الوقف يُطلَق على من لم يَستحِقَّ، وما نقله من تعليل الفقهاء في ذاك الوقف مبنيٌّ على اصطلاحه، فلا يُحكَم على اصطلاح باصطلاح آخر، كما قال: (ونحن نرجع في) ألفاظ (الأوقاف إلى ما دلَّ عليه لفظُ واقِفِيها، سواء وافَق ذلك) المدلولُ (عُرفَ الفقهاء أو لا)، وما ذكرتُه من السند إنما هو كلام الفقهاء، لا يصلُح للسَّنَديَّة على كلام واقِفنا، وهذا كلامٌ حقٌّ لا مِرْيةَ فيه.

ونقل شيخُنا عن السُّبكي[١] أن: «العمل بمفهوم المُخالَفة في كلام الواقفين والناس باطلٌ، وكذلك نقله عن الخصاف، واستدلَّ عليه العلامةُ قاسم، وأقرَّه في «لسان الحُكَّام»، كما سيذكُره المُصنِّف في كتاب القضاء، قال هناك: «وما ذكره محمد في «السير الكبير» من جواز الاحتجاج به فخلاف المذهب»[٢].

وعليه حادثةُ ما: لو وقف على أولاده مع مُشارَكة زوجته بالسَّوِيَّة: يَستقِلُّ به الواحدُ منهما إذا انفرد، وإذا انقرضوا فعلى العتقاء، فمات الواقفُ لا عن نَسْل، فهل تستحِقُّ الزوجةُ أو لا؛ لعدم من يُشاركها؟ فأجاب أن الحقَّ للزوجة بخصوصها، ولا

---

(١) النقل في «عمدة الناظر» عن الخصاف، لا عن السبكي.

(٢) انظر: «الأشباه والنظائر» مع «نزهة النواظر» (ص ٢٦٣).

ينتقل للعتقاء إلا بعد انقراضها[١]، وليست المُشارَكة قيدًا في استحقاقها؛ إذ غاية ما يُستفاد من المشاركة أن الاستحقاق مُشتَرَكٌ بينها وبين الأولاد، فكما لا يسقُط حقُّ الأولاد بموت الزوجة فكذا لا يسقُط حقُّ الزوجة بعدم وجود الأولاد، وعلى اعتبار قيدِ المشاركة فلا وجه لإلغاء قوله: يَستقِلُّ به الواحدُ إذا انفرد؛ لأن المُعارَضة إذا وقعت في شُروط الواقفين فالعبرةُ للأخير، كما صرَّح به الخصاف. نعم؛ مفهوم المُخالَفة معتبَرٌ في التصنيف، كما صرَّح به ابنُ الشحنة وغيرُه[٢]»[٣]، انتهى.

(قلتُ: لا نُسلِّم) أن هذا الواقف سمَّاه بأهل الوقف قبل الاستحقاق، (ومُخالَفة ذلك) القول من الواقفِ (لما قلنا) من عدم كون محمدٍ من أهل الوقف.

(أما أوَّلًا؛ فلأنَّ الواقف لم يقُلْ): مَن مات من أهل الوقف (قبل استحقاقه)، أي: من مات، حتى يكون مصدرًا مضافًا، فيُفيد العمومَ، فيلزم عدمُ الاستحقاق أصلا، ويلزم المخالفة، (وإنما قال): قبل (استحقاقه لشيءٍ)، فقد ذكره مُتعلِّقًا مُقيَّدًا به، فيفيد موتَه قبل استحقاق ذلك الشيء، ولا يلزم من نفي الأخصِّ نفيُ الأعمِّ، فلا يلزم من عدم الاستحقاق لشيءٍ عدمُ الاستحقاق أصلا، (فيجوز أن يكون قد استحقَّ شيئًا) من الوقف (صار به من أهل الوقف، ويَترقَّب)، أي: ينتظر، (استحقاقًا آخَرَ، فيموت قبله)، أي: قبل ذلك الاستحقاق، (فنصَّ الواقفُ) بقوله: إن مَن مات من أهل الوقف قبل الاستحقاق لشيء... إلخ، (على أن ولده)، أي: ولد هذا الميت، (يقوم مقامَه في الذي لم يصِلْ إليه) وكان يترقَّبه، فلا يدل على عدم كون محمدٍ من أهل الوقف إذا لم يصِلْ إليه شيء أصلا.

---

(١) عملا بقضية قوله: فإذا انقرضوا... إلخ. كذا في «عمدة الناظر».

(٢) معللا بأن المفهوم في كلام الأصحاب مقصود. كذا في «عمدة الناظر».

(٣) انظر: «عمدة الناظر» لأبي السعود (ل/ ٢٥٣/ أ-ب).